

VU Research Portal

Alternatief bestuursrecht: normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke belang

Neerhof, A.R.

2016

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Neerhof, A. R. (2016). *Alternatief bestuursrecht: normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke belang*. (VAR-preadviezen; No. 156). Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Alternatief bestuursrecht: normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke belang

Dr. A.R. Neerhof*

1	Inleiding	187
1.1	Niet alleen overheidsverantwoordelijkheid voor realisatie van publieke belangen	187
1.2	Definities	190
1.3	Vraagstelling	191
1.4	Opzet	193
1.5	Korte methodologische verantwoording	194
2	Normalisatie en conformiteitsbeoordeling: over kenmerken en formele structuren	195
2.1	Inleiding	195
2.2	Normalisatie	195
2.2.1	Normalisatie en normalisatie-instellingen: begripsafbakening	195
2.2.2	De formele structuur van het NNI	197
2.2.3	Normalisatie en betrokkenheid van wetgever en bestuur	199
2.2.4	Verwijzing naar normen door de overheid	202
2.2.5	Verwijzing naar NEN-normen en toetsing van kwaliteit	205
2.2.6	Verwijzing naar NEN-normen en uitoefening van openbaar gezag	207
2.3	Conformiteitsbeoordeling	208
2.3.1	Begripsafbakening	208
2.3.2	Beoordelingsrichtlijnen	209
2.3.3	Overheidsbetrokkenheid bij beoordelingsrichtlijnen	210
2.3.4	De rol van de Raad voor Accreditatie	211
2.3.5	Betekenis van conformiteitsbeoordeling voor besluitvorming door bestuursorganen	216
2.3.6	Conformiteitsbeoordeling en toepasselijkheid van Awb, Wob en WNo	221
2.3.7	Conformiteitsinstanties als zbo's en de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen	226
2.3.8	De bevoegdheid van een aanwijzende of aanmeldende instelling	229

* Dr. A.R. Neerhof is als universitair hoofddocent bestuursrecht verbonden aan de Vrije Universiteit. Veel dank aan prof. mr. Elies Steyger, prof. mr. Frank van Ommeren, mr. Harry Hyslop, prof. mr. Jan Struiksma, mr. Mandy van Rooij, mr. Niels Jak, prof. mr. Sjoerd Zijlstra, drs. Eelco Ronteltap (ministerie van Economische Zaken), drs. Ineke ten Wolde (NEN) en mr. Rien Huige (NEN).

3	Waarborgen voor legitimiteit, transparantie, een open markt en fundamentele rechten	236
3.1	Inleiding	236
3.2	Waarborgen voor goede normalisatie	236
3.2.1	Inleiding	236
3.2.2	Draagvlak en inhoudelijke kwaliteit	236
3.2.3	Kenbaarheid van normen	240
3.2.4	Behoorlijke normalisatie	246
3.3	Waarborgen voor goede conformiteitsbeoordeling	247
3.3.1	Inleiding	247
3.3.2	Behoorlijke conformiteitsbeoordeling	248
3.3.3	Openbaarheid	249
3.4	Betekenis van Unierecht: een open markt	253
3.4.1	Bevoegdheden en procedurele verplichtingen in het belang van het vrije verkeer bij normalisatie	253
3.4.2	Fundamentele vrijheden van het VWEU	254
3.4.3	EU-mededingingsregels	257
3.4.4	Betekenis van de vrijheden van diensten en vestiging voor conformiteitsbeoordeling	268
3.5	De betekenis van fundamentele rechten	271
3.5.1	Reikwijdte EVRM	271
3.5.2	Toepasselijkheid van het EVRM als de overheid meer op afstand staat	272
3.5.3	Waarborging EVRM-rechten bij overheveling taken naar private instellingen	276
3.5.4	Betekenis van het EU-Grondrechtenhandvest	279
4	Ijlpunten voor gebruik van normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke domein	281
4.1	Inleiding	281
4.2	Inspiratiebronnen voor ijlpunten	281
4.3	Ijlpunten bij de beslissing normalisatie of conformiteitsbeslissing te gebruiken	284
4.3.1	Formeeldemocratische legitimiteit	284
4.3.2	Sociale en marktlegitimiteit en participatie	285
4.3.3	Kenbaarheid	287
4.3.4	Doeltreffendheid	288
4.3.5	Doelmatigheid	293
4.4	Enkele ijlpunten bij de keuze hoe normalisatie of conformiteitsbeoordeling te gebruiken	295
4.4.1	Doeltreffendheid	296
4.4.2	Legitimiteit	299
4.5	Belangrijkste conclusies	301
5	Stellingen voor de discussie	304

I Inleiding

1.1 Niet alleen overheidsverantwoordelijkheid voor realisatie van publieke belangen

Niet alleen de overheid is verantwoordelijk voor het borgen van publieke belangen.¹ Deze verantwoordelijkheden worden van oudsher gedeeld. Publieke belangen worden door overheden én vele andere actoren in de samenleving behartigd, variërend van bedrijven, maatschappelijke organisaties (zoals woningcorporaties en buurtverenigingen) tot certificeringsbureaus. Daarbij hoort dat instrumenten worden gebruikt voor borging van kwaliteit en veiligheid van producten en productieprocessen, die marktpartijen zo veel mogelijk aanzetten zelf de verantwoordelijkheid daarvoor te nemen.

Bij de nationale en de Europese overheid is er al meer dan twee decennia lang een duidelijke belangstelling voor normalisatie en conformiteitsbeoordeling als instrumenten voor regulering en toezicht naast exclusief overheidsoptreden. Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn belangrijke verschijningsvormen van private of zelfregulering. Als wij kijken naar de Europese regelgeving met het oog op het vrije verkeer van goederen, dan zien wij dat op basis van de zogenoemde Nieuwe Aanpakrichtlijnen al vanaf medio jaren tachtig gebruik wordt gemaakt van deze vormen. De Nieuwe Aanpak is een methode van regelgeven waarbij richtlijnen alleen globaal aangeven aan welke eisen producten dienen te voldoen. In deze richtlijnen worden alleen de 'essentiële vereisten' voor veiligheid, gezondheid en milieu neergelegd. De uitwerking in technische eisen geschiedt door Europese normalisatie-instellingen op verzoek van de Europese Commissie. Daaraan is gekoppeld een verplicht gebruik van de CE-markering van producten, al dan niet na onafhankelijke beoordeling door derden. Deze aanpak in de Europese regelgeving heeft een grote vlucht genomen, zoals bij medische hulpmiddelen, energie- en telecommunicatieapparatuur, liften, vaartuigen en bouwproducten.²

Ook op het nationale niveau wordt al langer veel waarde gehecht aan normalisatie en conformiteitsbeoordeling. In het plan van aanpak voor het programma 'Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit' (MDW) (1994) van het eerste Paarse kabinet werden drie met elkaar samenhangende doelen van deze operatie genoemd: 'terug naar wat strikt nodig is', 'versterken van de marktwerving' en 'verbetering van de kwaliteit van wet- en regelgeving'. Het kabinet wilde meer ruimte voor concurrentie tussen bedrijven en minder administratieve

1 Onder een publiek belang kan worden verstaan: een belang dat het individuele belang overstijgt.

2 Europese Commissie, De voltooiing van de interne markt, COM (1985)310 def, punt 68. Zie Heldeweg 2014, p. 491-492.

belasting voor burgers en bedrijven en daarom tot vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelgeving komen.³ In het plan van aanpak werd geconstateerd dat nogal wat wet- en regelgeving gedetailleerd is en technische eisen stelt aan de kwaliteit van diensten of producten. Terwijl de markt dynamisch is, zou deze wetgeving statisch en moeilijk handhaafbaar zijn. Daarom werd het van belang geacht 'te onderzoeken in hoeverre normalisatie en certificering, als vormen van zelfregulering, daarbij een alternatief kunnen zijn', aldus de ministers van Economische Zaken en Justitie. 'Certificering als alternatief voor overheidsregulering', dus als alternatief voor wetgeving en handhaving, was een van de wetgevingsthema's in het programma.⁴

Het aantrekkelijke van instrumenten als normalisatie en conformiteitsbeoordeling kan zijn dat zij in potentie marktpartijen ertoe aanzetten zelf verantwoordelijkheid te nemen voor de borging van bepaalde belangen. De ontwikkelingen passen bij de gedachte dat in de samenleving ook veel kan worden gereguleerd zonder dat de overheid daar meteen aan te pas hoeft te komen. De overheid heeft bovendien vaak niet zelf de kennis in huis om ingewikkelde processen, producten of systemen goed te beoordelen.⁵ Maar er zijn overduidelijk ook risico's. Voorbeelden zijn er genoeg voor wat betreft conformiteitsbeoordeling. Zo was enkele jaren geleden de onafhankelijkheid van een aantal instellingen die periodieke liftkeuringen uitvoeren voorwerp van onderzoek bij de Inspectie SZW.⁶ Een voorbeeld dat ieder zal kennen is de Fyrtrein die niet betrouwbaar en niet veilig bleek ondanks afgegeven certificaten.⁷

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn twee specifieke verschijningsvormen van zelfregulering. Zelfregulering kan worden gedefinieerd als het vaststellen, uitvoeren en handhaven van regels op een bepaald terrein door direct betrokkenen of hun vertegenwoordigers.⁸ Initiatieven hiertoe komen van burgers en bedrijven en niet van de overheid. Uitgangspunt voor de overheid is dat eerst als zelfregulering tekortschiet, overheidsregulering in beeld komt.⁹ Normalisatie en conformiteitsbeoordeling worden niet in het leven geroepen om te worden gebruikt door wetgever en bestuur. Vanuit de overheid bezien kunnen zij echter geschikt zijn als alternatieven voor (volledige) overheidsregulering. Daarbij is de

3 Kamerstukken II 1994/95, 24036, nr. 1, p. 2-3.

4 Kamerstukken II 1994/95, 24036, nr. 1, p. 4.

5 Zie o.m. Kamerstukken II 2008/09, 31731, nr. 1, p. 11-12 (Vertrouwen in wetgeving); Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1 (Kabinetsstandpunt Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid), p. 12-14; Kamerstukken II 1995/96, 24036, nr. 15 (Kabinetsstandpunt terzake van MDW-rapport normalisatie en certificatie); Kamerstukken II 2003/04, 29279, nr. 9, i.h.b. p. 2, 20-21; Kamerstukken II 1990/91, nr. 2, p. 26-27.

6 Zie Inspectie SZW, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Liftkeuringen onafhankelijk of niet? Een vervolgonderzoek naar de onafhankelijkheid van keurende instellingen bij periodieke liftkeuringen in relatie tot grote contracten*, 2013 (Bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 25883, nr. 231); Inspectie SZW, *Onafhankelijkheid van certificerende instellingen bij periodieke liftkeuringen in het licht van grootschalige contractering. De impact van grootschalige contracten op de onafhankelijkheid van instellingen die liften certificeren*, 2012 (bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 33000-XV, nr. 66).

7 Kamerstukken II 2015/16, 33678, nr. 11 (Parlementaire enquêtecommissie Fyra-rapport).

8 Vgl. Witteveen 2007, p. 29-30.

9 Van Ommeren 2012, p. 153.

vraag onder welke voorwaarden zij daarvoor geschikt zijn. In dit preadvies komen zij vanuit die specifieke invalshoek aan de orde.

Bij normalisatie gaat het in dit preadvies vooral om een alternatief voor wetgeving: de normen zijn voor herhaalde toepassing vatbaar. Zo kan bijvoorbeeld met behulp van bepaalde NEN-EN-normen worden bepaald of een betonconstructie of een metselwerkconstructie voldoende bestand is tegen de daarop werkende krachten. De wetgever kan normalisatie als instrument inzetten om een publiek belang te realiseren.

Zo bepaalt artikel 3.14, tweede lid, Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer dat ten behoeve van het voorkomen van risico's voor de omgeving en ongewone voorvallen, dan wel voor zover dat niet mogelijk is het zo veel mogelijk beperken van de risico's voor de omgeving en de kans dat ongewone voorvallen zich voordoen en de gevolgen hiervan, een windturbine voldoet aan de veiligheidseisen opgenomen in NEN-EN-IEC 61400-2 en NVN 11400-0.

Een systeem van conformiteitsbeoordeling (inclusief de gehanteerde beoordelingsrichtlijnen) kan ook een alternatief voor wetgeving zijn, maar conformiteitsbeoordeling lijkt vooral een alternatief voor handelen van bestuursorganen in concrete gevallen, in het bijzonder voor (onderdelen van) besluitvorming over vergunningverlening en handhaving. Een conformiteitsverklaring heeft bijvoorbeeld betrekking op een bepaald product en verklaart dat het aan bepaalde eisen voldoet. Ook conformiteitsbeoordeling kan door de wetgever worden ingezet als instrument om een publiek belang te beschermen.

Artikel 3.14, tweede lid, van de bovengenoemde Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer bepaalt vervolgens dat aan de voorschriften voor windturbines als bedoeld in artikel 3.14, eerste lid, van deze regeling wordt voldaan indien voor de windturbine een certificaat is afgegeven door een certificerende instantie waaruit blijkt dat de windturbine voldoet aan deze regels.

Als wij het hebben over de inzet van normalisatie en conformiteitsbeoordeling ter behartiging van publieke belangen, hebben wij het over specifieke vormen van zelfregulering: vervangende of geconditioneerde zelfregulering. Bij vervangende zelfregulering zet de wetgever de mogelijkheid om in te grijpen jegens betrokkenen als stok achter de deur in, zodat zij enige vorm van zelfregulering tot stand brengen. Bij wettelijk geconditioneerde of wettelijk gestructureerde zelfregulering vervult de wetgever ten opzichte van de zelfregulerende regels een complementaire functie, die kan bestaan uit het (slechts) stellen van randvoorwaarden. Zowel bij vervangende als geconditioneerde zelfregulering kan de wetgever de werking van de zelfregulerende normen versterken doordat hij bepaalde rechtsgevolgen aan de zelfregulering verbindt.¹⁰

¹⁰ Zie Van Ommeren 2012, p. 213-216. Zie voor de termen wettelijk geconditioneerde of wettelijk gestructureerde wetgeving reeds: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1988, p. 48-49; Kamerstukken II 1999/91, 22008, nrs. 1-2 (Zicht op Wetgeving), p. 51.

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn regulerende activiteiten die met elkaar gemeen hebben dat het daarbij vaak gaat om het reguleren van industriële en commerciële activiteiten, in het bijzonder het produceren en verhandelen van goederen en diensten. De instrumenten worden echter ook op andere gebieden van maatschappelijke activiteit ingezet, zoals management, milieu en duurzaamheid. Er is door NEN, de Nederlandse normalisatie-instelling, bijvoorbeeld een norm uitgegeven voor ‘de juiste en gepaste viering van het Sinterklaasfeest’: NENo512.

1.2 Definities

Voor het vervolg van dit preadvies lijkt het me goed enkele begrippen af te bakenen. Bij conformiteitsbeoordeling wordt door een onafhankelijke instelling op basis van bepaalde normen en/of richtlijnen beoordeeld of een product, dienst, persoon of systeem voldoet aan bepaalde eisen. Op grond van de resultaten van de beoordeling wordt een uitspraak gedaan over het voldoen aan de gestelde eisen. Een conformiteitsverklaring van een onafhankelijke instelling (testverklaring of certificaat) houdt in dat het gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat het onderwerp van beoordeling aan vooraf gestelde eisen voldoet.¹¹ Conformiteitsbeoordeling geschiedt door een instantie die daartoe is geaccrediteerd door de Raad voor Accreditatie (RvA).¹²

Er zijn ook andere private beoordelingsinstrumenten dan conformiteitsbeoordelingen waarmee wordt beoordeeld of een product, dienst, persoon of systeem voldoet aan bepaalde eisen. Hiertoe behoren bijvoorbeeld verklaringen die een producent over zijn eigen product afgeeft, zoals een CE-markering die op grond van het Unierecht op een product moet worden aangebracht of een verklaring van overeenstemming waarmee een fabrikant een product op grond van het Unierecht vergezeld moet doen gaan. CE-markering en verklaringen van conformiteit van de fabrikant zijn bijvoorbeeld verplicht voor speelgoed. Tot andere private beoordelingen dan conformiteitsbeoordelingen behoren ook beoordelingen die weliswaar door een derde worden gedaan, maar waarbij die derde niet voor de beoordeling geaccrediteerd is. Een voorbeeld is een verklaring van een branchevereniging bij oplevering van een bouwwerk dat het bouwwerk aan bepaalde bouwtechnische voorschriften voldoet.¹³ In dit preadvies wordt geen aandacht besteed aan andere vormen van private beoordelingen dan conformiteitsbeoordeling, hoewel daarbij vergelijkbare vragen aan de orde zijn.

Normalisatienormen zijn te omschrijven als afspraken die zijn vastgesteld met het oog op afstemming van bijvoorbeeld productkenmerken, productie- en managementprocessen en veiligheidseisen. Zij kunnen worden opgesteld met het oog op afstemming van producten en productieprocessen op aanwezige (markt)vraag, maar ook met het oog op afstemming ervan op bepaalde maatschappelijke belangen. Een normalisatie-instituut is een onafhankelijke organisatie waarin

¹¹ Zie Evers 2002, p. 22; Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 13.

¹² Neerhof 2013a, p. 121-126.

¹³ Vgl. Van Gulijk & Neerhof 2014, p. 162-163.

belanghebbenden zijn vertegenwoordigd en dat normalisatienormen vaststelt voor gebruik in een bepaalde sector.¹⁴

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn, zoals gezegd, vormen van zelfregulering: regelstelling door niet-overheden en toezicht op naleving en handhaving van die regels of van door een overheidsorgaan uitgevaardigde regels door niet-overheden. Regels van zelfregulering, zoals technische normen, worden niet vastgesteld bij of krachtens wet in formele zin. Zij lopen uiteen in de mate waarin de regels afdwingbaar zijn.¹⁵ Conformiteitsbeoordeling geschiedt door onafhankelijke instellingen, op basis van een overeenkomst met een cliënt.¹⁶ Vaak wordt daarbij geen exclusief bij wet toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid uitgeoefend.

In het algemeen loopt de intensiteit van overheidsbetrokkenheid bij zelfregulering uiteen, ook bij normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Dat geldt in de eerste plaats voor de mate van betrokkenheid bij de totstandkoming van regels. In de tweede plaats zijn er verschillen in de wijze waarop resultaten van zelfregulering in overheidshandelen doorwerken. De wetgever kan er al dan niet voor kiezen naar de door private partijen tot stand gebrachte normen of regels te verwijzen in wetgeving. Ook de relatie tussen een verklaring van de private instelling of een product, dienst, systeem, persoon of bedrijf aan bepaalde eisen voldoet en besluitvorming door een bestuursorgaan (over bijvoorbeeld vergunningverlening of handhaving) kan juridisch verschillend zijn vormgeven.

1.3 Vraagstelling

Dit preadvies gaat over enkele specifieke vormen van zelfregulering die (mede) worden gebruikt ter behartiging van één of meer publiek belangen: normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Zij roepen als alternatieven voor overheidsregulering vanuit een bestuursrechtelijk perspectief vragen op.

De centrale vraag in dit preadvies is:

Onder welke voorwaarden is gebruik door de overheid van normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke belang verantwoord, gelet op beginselen en eisen van behoorlijke wetgeving en van goed bestuur, eisen van EU-recht en fundamentele rechten?

Technische normen die afkomstig zijn van normalisatie-instellingen zijn geen van overheidswege vastgestelde algemene voorschriften. Wetgeving moet aan kwaliteitseisen voldoen, zoals (formeel-)democratische legitimiteit, draagvlak bij belanghebbende groeperingen (sociale legitimiteit), bekendmaking en overeenstemming met mensenrechtenverdragen. Daarnaast willen wij dat met regulering

14 Van Ommeren 2012, p. 217; vgl. Stuurman 1995, p. 14-17. Vgl. de definitie van 'standardization' in De Vries 1999, p. 19, 161. Zie voor definities ook reeds: Kamerstukken II 1999/2000, 21670, nr. 10 (nota 'Internationaal is de norm', door de minister van Economische zaken aan de Tweede Kamer aangeboden bij brief van 16 juni 2000), p. 4.

15 Van Ommeren 2012, p. 211.

16 Zie Verbruggen 2013.

van overheidswege bepaalde doelen worden gerealiseerd en dat zij geen onnodige lasten met zich brengt. Belangrijke vragen bij normalisatie zijn dan ook of toegang tot het besluitvormingsproces en draagvlak van de normen bij alle betrokken belanghebbende groeperingen wel goed zijn gegarandeerd. Voor het inzien van normen moet in beginsel worden betaald. De vraag is wanneer normen voldoende kenbaar zijn voor degenen die ermee moeten werken. Ook is steeds een aandachtspunt of de inhoud van de normen beantwoordt aan het doel dat betrokkenen ermee willen bereiken – zoals bescherming van veiligheid of gezondheid – en of toepassing ervan niet tot onnodige lasten voor burgers of bedrijven leidt.

Bij vaststelling van normen kunnen grote bedrijven op een markt waarop deze moeten worden toegepast, veel invloed uitoefenen. Hoe wordt voorkomen dat geen belemmeringen worden opgeworpen voor andere bedrijven om op een markt toe te treden en dat (Europese) mededingingsregels worden geschonden? Wat is de betekenis van regels inzake het vrij verkeer van goederen of diensten van de Europese Unie in deze context?

Bij conformiteitsbeoordeling gaat het vaak niet om uitvoering en handhaving van regels door bestuursorganen, maar soms wel. Het handelen van bestuursorganen moet voldoen aan de regels van behoorlijke besluitvorming die zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Wanneer zijn die van toepassing op conformiteitsbeoordeling? Als de Awb niet van toepassing is, is de vraag of ook dan voldoende is gewaarborgd dat conformiteitsbeoordelende instanties niet vooringenomen en zorgvuldig handelen. Conformiteitsbeoordeling geschiedt in beginsel tegen vergoeding en is een economische activiteit. Zijn er dan niet te veel risico's dat de conformiteitsbeoordelende instanties hun klanten tevreden houden en bijvoorbeeld te gemakkelijk een certificaat afgeven? Is er voldoende controle op de bekwaamheid van degenen die voor de conformiteitsbeoordelende instantie testen uitvoeren, monsters afnemen of documenten onderzoeken? Is voorzien in een adequate procedure voor afhandeling van klachten van cliënten of derden?

Op conformiteitsbeoordelende instanties kunnen de regels van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) van toepassing zijn. Wanneer is dat zo? Belangrijker is misschien de vraag aan welke eisen van openbaarheid de conformiteitsbeoordelende instanties op grond van internationale standaarden moeten voldoen, ook als de Wob niet van toepassing is. Zo is van belang of er voldoende mogelijkheden zijn voor burgers en bedrijven om zich op de hoogte te kunnen stellen van de werkwijzen die de conformiteitsbeoordelende instanties hanteren.

Op het handelen van conformiteitsbeoordelende instanties bestaat in meer of mindere mate overheidscontrole, afhankelijk van de toepasselijke rechtsregels. Op welke wijze wordt de competentie van de instellingen geborgd? Wanneer is er een rol voor een politiek verantwoordelijk orgaan (minister) en welke rol vervult de RvA?

Niet alleen als normalisatie, maar ook als conformiteitsbeoordeling door de overheid wordt gebruikt ter behartiging van publieke belangen is een belangrijke kwestie of en hoe wordt geborgd dat de regels die erbij worden toegepast draagvlak hebben bij betrokken belanghebbende groeperingen. Ook dan is het Unierecht van grote betekenis. Hoe wordt voorkomen dat conformi-

teitsbeoordeling belemmeringen opwerpt voor bedrijven om op een markt toe te treden? Verder kan aan de orde zijn hoe wordt voorkomen dat fundamentele rechten, zoals het recht op leven of op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, in gevaar komen.¹⁷ Deze vragen komen in dit preadvies uitgebreid aan de orde.

Ik beperk mij in dit preadvies in beginsel tot normalisatie en conformiteitsbeoordeling als vormen van zelfregulering in de Nederlandse context. In de Europese Unie zijn normalisatie en certificering, in het bijzonder in het kader van de Nieuwe Aanpak, belangrijke verschijnselen, maar de ruimte laat niet toe hierop uitgebreid in te gaan en ik heb keuzes moeten maken.

Binnen het bestek van dit preadvies komt de Europese dimensie wel regelmatig in beeld. De nationale en Europese rechtsorde zijn met elkaar vervlochten en dat is zeker ook het geval als we het hebben over de verschijnselen als normalisatie en conformiteitsbeoordeling.

1.4 Opzet

De opzet van dit preadvies is als volgt.

In hoofdstuk 2 worden normalisatie en conformiteitsbeoordeling als rechtsverschijnselen nader geanalyseerd, in het bijzonder de mate waarin en de wijze waarop zij zijn ingebed in het bestuursrecht. Er volgt een analyse van de wijzen waarop overheidsorganen normalisatienormen of conformiteitsbeoordeling gebruiken ter borging van publieke belangen en de rechtsgevolgen die daaraan kunnen zijn verbonden. De verschillende manieren van verwijzen naar normen of beoordelingen, de betrokkenheid van overheden bij aanwijzing van instellingen die een bepaalde taak verrichten en de rechtsgevolgen die daaraan kunnen zijn verbonden, worden besproken. Ook komt aan de orde op welke wijzen overheidsorganen de inhoud van de normen of conformiteitsbeoordelingen kunnen beïnvloeden. Daarnaast wordt behandeld of en wanneer instellingen die de normen vaststellen of conformiteitsbeoordelingen verrichten zelf zijn te kwalificeren als bestuursorganen, en of en wanneer die normen of beslissingen zijn aan te merken als Awb-besluiten.

Op basis van de analyses die in hoofdstuk 2 zijn verricht, wordt in hoofdstuk 3 vervolgens onderzocht aan welke rechtsregels normalisatie of conformiteitsbeoordeling zijn onderworpen als de wetgever of een bestuursorgaan er op een bepaalde wijze gebruik van wil maken. De eisen kunnen onder meer voortvloeien uit de Awb, de Wob, het EU-recht en het EVRM.

In hoofdstuk 4 verander ik van invalshoek. Terwijl de hoofdstukken 2 en 3 vooral positiefrechtelijk van aard zijn, wordt in dit hoofdstuk ingegaan op enkele meer fundamentele vragen bij keuzes inzake inschakeling van normalisatie of conformiteitsbeoordeling ter behartiging van publieke belangen. Daarbij gaat het zowel om de vraag of normalisatie door wetgever of bestuur kan worden ingeschakeld als om de vraag hoe – met meer of minder juridische afstand – zij

17 Vgl. voor de gestelde vragen Witteveen 2007, p. 54-58; Addink 2010; Addink 2008.

dat zouden moeten doen. De aandachtspunten zijn ontleend aan beginselen van behoorlijke wetgeving, goed bestuur en de open markt en fundamentele rechten.¹⁸ Er wordt gebruikgemaakt van datgene wat we uit (empirisch) onderzoek weten over het functioneren van systemen van normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Voor wat betreft de empirie is veel, maar niet uitsluitend, gebruikgemaakt van eerder onderzoek op het gebied van de bouw.¹⁹ De signaleerde problemen en kwetsbaarheden zijn breder. Ik sluit het preadvies af met enkele discussiepunten (hoofdstuk 5).

1.5 Korte methodologische verantwoording

In dit preadvies is gebruikgemaakt van methoden van beschrijvende rechtswetenschap, in het bijzonder de methode van *klassiek juridisch onderzoek*.²⁰ Op basis van analyses van wetgeving en haar geschiedenis, jurisprudentie en literatuur zijn conformiteitsbeoordeling en normalisatie en de verschillende manieren waarop zij in relatie kunnen staan tot het bestuursrecht en tot overheidshandelen in kaart gebracht en is nagegaan aan welke eisen de instrumenten moeten voldoen.

In de tweede plaats is in beperkte mate gebruikgemaakt van *resultaten van empirisch onderzoek*, namelijk voor zover het onderzoek was gericht op het verkrijgen van inzicht in de werking van normalisatie en conformiteitsbeoordeling in de praktijk en of gestelde doelen daarmee worden bereikt.²¹ Er zijn relevante sociaalwetenschappelijke studies, rapportages van overheidsinstanties en externe onderzoeksbureaus geraadpleegd en verwerkt. Ik kan in dit preadvies echter geen representatief beeld schetsen van de praktijk van conformiteitsbeoordeling en normalisatie. Observaties betreffen regelmatig de bouwwereld, maar ook andere sectoren komen aan bod. Gesignaleerde sterktes en zwaktes beperken zich niet tot één sector.

Op basis van de analyses kom ik tot bevindingen over mogelijkheden voor wetgever en bestuur om normalisatie en conformiteitsbeoordelingen te gebruiken voor het realiseren van publieke belangen die voor het algemene bestuursrecht relevant zijn.

18 Zij hebben op een bepaalde wijze vertaling gekregen in het positieve recht, maar in hoofdstuk 4 staan meer de beginselen zelf centraal.

19 In de hoofdstukken 2 tot en met 4 van dit preadvies is gebruikgemaakt van eerdere publicaties van de auteur, in het bijzonder: Van Gulijk & Neerhof 2014; Neerhof 2014, p. 151-166; Neerhof 2013a, Neerhof 2013b; Neerhof 2011; Neerhof & Hoogers 2010; Munneke, Neerhof, Van Ommeren & Senftleben 2009; Peeters, Neerhof & De Boer 2009.

20 Vgl. Smits 2009, p. 28, 31-44.

21 Smits 2009, p. 28, 52-56.

2 Normalisatie en conformiteitsbeoordeling: over kenmerken en formele structuren

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt beschreven welke kenmerken twee specifieke vormen van zelfregulering hebben, te weten normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Ook wordt in kaart gebracht op welke wijzen de wetgever of bestuursorganen hiervan gebruikmaken in het kader van de behartiging van bepaalde publieke belangen en of en zo ja, wanneer een normalisatie- of conformiteitsinstantie openbaar gezag uitoefent of althans haar beslissingen de burgers binden.

2.2 Normalisatie

2.2.1 Normalisatie en normalisatie-instellingen: begripsafbakening

Normalisatienormen zijn te omschrijven als afspraken die zijn vastgesteld met het oog op afstemming van bijvoorbeeld productkenmerken-, productie- en managementprocessen en veiligheidseisen.¹ Zo zijn er normen die (technische) reken-, meet- of regelmethoden standaardiseren waarmee wordt vastgesteld of prestaties van een product aan bepaalde eisen voldoen. Vaak stellen normalisatienormen zelf geen eisen aan producten.²

Een (willekeurig) voorbeeld. NEN-EN 13501-1 definieert klassen voor de reactie bij brand van bouwmaterialen. Het gaat om klassen als ‘volledig onontbrandbaar’ (klasse A1), ‘zeer gering brandbaar’ (A2), enzovoort (tot en met klasse E). Deze norm legt daarnaast de methode vast waarmee wordt vastgesteld onder welke klasse de reactie van bepaald bouw materiaal bij brand valt (bij bepaalde toepassingen ervan).³ NEN-EN 13501-1 legt echter niet vast aan welke brandveiligheidseisen bepaalde bouwmaterialen (zoals bakstenen) bij een bepaalde toepassing (zoals verwerking in een schoolgebouw) moeten voldoen, dus bepaalt niet onder welke brandklasse zij dan moeten

¹ Vgl. Van Ommeren 2012, p. 217; De Vries 1999, p. 19, 161.

² Vgl. art. 1 lid 1, aanhef en onder h, Woningwet; Gerechtshof 's-Gravenhage 16 november 2010, BB 2011/44, m.nt. Kruimel, JB 2011/77, m.nt. J.M.H.F. Teunissen onder JB 2011/65, BR 2011/45, m.nt. W.I. Koelewijn, TBR 2011, 31, m.nt. A.R. Neerhof, IER 2011/43, m.nt. C. Stuurman, M en R 2011, 30, NJF 2010, 501 (Knooble), r.o. 10.

³ Van Calis & Coppens 2007, bijlage III.

vallen. Dergelijke eisen worden wel gesteld in artikel 2.57 Bouwbesluit 2012, dat daarbij naar brandklassen zoals neergelegd in NEN-EN 13 501-1 verwijst.

Soms stelt een NEN-norm wel eisen. Zo is in NEN 1006 neergelegd waaraan een leidingwaterinstallatie dient te voldoen uit een oogpunt van volksgezondheid, veiligheid en doelmatigheid. In artikel 6.12, eerste lid, en artikel 6.13, eerste lid, Bouwbesluit 2012 wordt naar deze norm verwezen. Zij bepalen dat een voorziening voor drinkwater respectievelijk een voorziening voor warmwater voldoen aan NEN 1006.

Op internationaal, Europees en nationaal niveau bestaan instellingen die, op basis van de procedures die daarvoor worden gehanteerd, door overheden en bedrijfsleven zijn erkend als normalisatie-instellingen. Een normalisatie-instituut is een onafhankelijke organisatie waarin belanghebbenden zijn vertegenwoordigd en dat normalisatienormen vaststelt voor gebruik in een bepaalde sector.⁴

Nederland kent twee erkende normalisatie-instellingen:

- de stichting het Nederlands Normalisatie-instituut (hierna: NNI) en
- de stichting het Nederlands Elektronisch Comité (hierna: NEC).⁵

Beide zijn private instellingen zonder winstoogmerk. Zij hebben een eigen bestuur, maar werken nauw samen. Zij hebben één gecombineerd onderkomen en de ondersteuning geschiedt door een gemeenschappelijk bureau, het bureau NEN. Normalisatienormen worden uitgebracht onder de benaming 'NEN-normen'.⁶

Naar aanleiding van private initiatieven of op verzoek van de Europese Commissie stellen binnen de Unie erkende Europese normalisatie-instellingen normen (EN-normen) op. Met deze normen kan enerzijds het verhandelen van producten in de EU worden vergemakkelijkt, terwijl ook veiligheid en gezondheid kunnen worden gewaarborgd. De erkende Europese normalisatie-instellingen die vaststelling van Europese normen faciliteren zijn het Europese Comité voor Normalisatie (CEN) en het Europees Comité voor elektrotechnische normalisatie (CENELEC), samenwerkend als CEN/CENELEC, en het Europees Normalisatie-instituut voor de Telecommunicatie (ETSI).⁷ In deze instellingen werken nationale normalisatie-instellingen, zoals het NNI, samen. Normen die door een Europese normalisatie-instelling zijn vastgesteld en door NEN worden uitgegeven als Nederlandse norm

4 Vgl. Stuurman 1995, p. 14-17.

5 Dit zijn de instellingen waarvan de Commissie overeenkomstig art. 27 van de Normalisatieverordening (Verordening (EU) nr. 1025/2012 van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie, PbEU 2012, L 316/12) door Nederland in kennis is gesteld. Met de Overeenkomst tussen de Staat en NEN, juni 2013, is uitvoering gegeven aan Verordening (EU) nr. 1025/2012 en is bevestigd dat NEN de nationale normalisatie-instelling is in Nederland. Strrt. 2013, 20863. De Commissie maakt in het Publicatieblad van de Europese Unie een lijst van nationale normalisatie-instellingen en een eventuele bijwerking van die lijst bekend (art. 27, tweede volzin, Verordening).

6 De originele betekenis van NEN is Nederlandse eenheidsnorm.

7 Dit volgt uit bijlage I bij Verordening (EU) nr. 1025/2012 (Normalisatieverordening).

zijn te herkennen door de aanduiding 'NEN-EN' (zie bijvoorbeeld art. 2.2 Bouwbesluit).⁸

De Europese normen zijn in de praktijk buitengewoon belangrijk, ook voor nationale normalisatie-instellingen. Het zijn de (delegaties van de) nationale normalisatie-instellingen die bij de totstandkoming van Europese normen, zoals die met betrekking tot bouwproducten of liften, een belangrijke inbreng hebben.⁹ Europese normen komen in de plaats van nationale normen, die belemmeringen voor buitenlandse fabrikanten en leveranciers voor de toetreding tot een nationale markt kunnen opwerpen.¹⁰ Met nationale normalisatienormen mag de totstandkoming en doorwerking van Europese normen niet worden geblokkeerd.¹¹ Nationale normen zijn ook vaak verdere uitwerkingen van Europese normen.

Hieronder ga ik verder in op normalisatie onder regie van NEN, de Nederlandse normalisatie-instelling.

2.2.2 De formele structuur van het NNI

De formele structuur van de Stichting NNI, de belangrijkste normalisatie-instelling in Nederland, is neergelegd in haar Statuten en Huishoudelijk reglement. Ingevolge artikel 23.2 van de statuten behoeven een besluit tot wijziging van deze statuten en een besluit tot ontbinding van NNI de schriftelijke goedkeuring van de minister van Economische Zaken.

De Stichting NNI kent als organen een bestuur en een raad van advies. Bestuurders worden benoemd door het bestuur van de stichting (art. 6.1 Statuten van het NNI). Zij hebben een zittingstermijn van vier jaren (art. 6.5 Statuten). De Statuten voorzien, anders dan voorheen, niet in een bindende voordracht van een minister voor benoeming van een voorzitter of lid van het bestuur.¹² Benoeming van bestuurders behoeft voorafgaande goedkeuring van de raad van advies (art. 10.1 Statuten).

Leden van de raad van advies, die het bestuur adviseert, worden benoemd door het bestuur (art. 10.3 Statuten). Er is niet voorzien in een bindende voordracht van een minister.

Bij normalisatieactiviteiten is het uitgangspunt dat belanghebbenden vertegenwoordigd zijn bij de totstandkoming van beleid en normen.

Het bestuur van het NNI stelt beleidscommissies in. Deze zijn met name belast met de voorbereiding en de uitvoering van het normalisatiebeleid en het normalisatieprogramma voor een bepaald beleidsterrein (art. 12.1 en 12.2 Statuten). Beleidscommissies verrichten hun taak onder verantwoording aan het bestuur (art. 12.4 Statuten). Het bestuur benoemt de voorzitters en de leden van de

8 Zie hierover bijvoorbeeld Stuurman in zijn noot onder de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 31 december 2008 in AMI 2009/2, nr. 7.

9 Zo zijn zij stemhebbend lid van de Technical Committees van CEN.

10 COM (2011)315, toelichting, p. 2.

11 Met het oog hierop is het een en ander bepaald in de Normalisatieverordening die in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde komt. Zie met name art. 3, zesde lid, van deze verordening.

12 Vgl. Stuurman 1995, p. 36.

beleidscommissies (art. 12.5 Statuten; art. 3.3.2 Huishoudelijk reglement). De voorzitters van de beleidscommissies zijn qualitate qua lid van de raad van advies (art. 10.3 Statuten).

De beleidscommissies zijn samengesteld uit leden die gezamenlijk geacht kunnen worden het beleidsterrein te overzien en de belanghebbende groeperingen op strategisch managementniveau te vertegenwoordigen (art. 3.3.1 Huishoudelijk reglement). Bij het instellen van een beleidscommissie wordt namens het bestuur een uitnodiging aan alle belanghebbende groeperingen gericht tot het doen van een voordracht voor de benoeming van een lid (art. 3.3.2 Huishoudelijk reglement). Het bestuur bepaalt voor elke beleidscommissie welke organisatie en/of instelling uit de bedoelde belanghebbende groeperingen representatief is en derhalve wordt uitgenodigd (art. 3.3.3 Huishoudelijk reglement). Ook bij een vacature in een bestaande beleidscommissie wordt de bedoelde uitnodiging gedaan (art. 3.3.4 Huishoudelijk reglement). Het bestuur kan anderen dan bedoeld in artikel 3.3.2 tot lid van een beleidscommissie benoemen (art. 3.3.4 Huishoudelijk reglement).

Bij de besluitvorming in een beleidscommissie wordt, onder afweging van de verschillende bij het onderwerp betrokken belangen, gestreefd naar overeenstemming. Indien bij het uitblijven van overeenstemming over een onderwerp één of meer leden van oordeel zijn dat de kwestie daartoe van voldoende belang is, kunnen zij een beslissing van het bestuur vragen. Indien een dergelijk verzoek niet binnen twee weken na gebleken niet-overeenstemming is gedaan, kan over het desbetreffende onderwerp worden beslist door de beleidscommissie, waarbij een meerderheid van twee derde van het aantal leden is vereist (art. 3.4 Huishoudelijk reglement).

Normcommissies van het NNI zijn belast met het opstellen van Nederlandse normalisatienormen (art. 4.1 Huishoudelijk reglement).¹³ Normcommissies worden door een beleidscommissie ingesteld ter uitvoering van het normalisatieprogramma, beleidscommissies heffen bestaande normcommissies op (art. 13.1 Statuten). De normcommissies functioneren, voor wat betreft hun taakafbakening en de voortgang van hun werk, onder verantwoordelijkheid van de beleidscommissies, waaraan over de voortgang verslag wordt uitgebracht en waaraan knelpunten in de uitvoering van opdrachten worden voorgelegd (art. 13.4 Statuten).

De voorzitter en leden van de normcommissie worden door de desbetreffende beleidscommissie benoemd (art. 13.5 Statuten). Artikel 4.4.1 Huishoudelijk reglement bepaalt dat de normcommissies zijn samengesteld uit ‘terzake kundige leden, die geacht kunnen worden gezamenlijk de bij de desbetreffende normalisatie belanghebbende groeperingen te vertegenwoordigen.’

Bij het instellen van een normcommissie wordt namens de desbetreffende beleidscommissie een uitnodiging aan alle belanghebbende groeperingen gericht tot het doen van een voordracht voor de benoeming van een lid (art. 4.4.2, eerste volzin, Huishoudelijk reglement). Ingevolge artikel 4.4.3 van het reglement beslist de desbetreffende beleidscommissie welke organisaties representatief zijn te achten en worden uitgenodigd tot het doen van een voordracht tot benoeming

13 Nederlands Normalisatie-Instituut, Statuten en Huishoudelijk Reglement, Delft 2005.

van een lid. Deelnemende (branche)organisaties wordt door het NNI gevraagd de activiteiten gezamenlijk te financieren.¹⁴ In het reeds genoemde artikel 4.4.3 van het reglement is tevens bepaald dat deelname aan het normalisatieproces in principe slechts openstaat ‘voor vertegenwoordigers van erkend belanghebbende partijen, die ook bereid zijn aan de financiering bij te dragen.’ De beleidscommissie kan anderen dan degenen die zijn voorgedragen tot lid van de normcommissie benoemen (art. 4.4.4, eerste volzin, Huishoudelijk reglement).

Artikel 4.5 Huishoudelijk reglement bepaalt voor normcommissies dat ‘bij de besluitvorming wordt gestreefd naar overeenstemming. Indien geen overeenstemming wordt bereikt, wordt ter zake een beslissing gevraagd van de beleidscommissie.’

Een normcommissie stelt een werkprogramma vast dat aan goedkeuring van een beleidscommissie is onderworpen (art. 3.2.4 Huishoudelijk reglement). Als een norm door de normcommissie is opgesteld, besluit de beleidscommissie tot vrijgave ervan voor publicatie ‘na te hebben geverifieerd of de voorgeschreven procedures zijn gevolgd’ (art. 3.2.4 en artikel 4.2.2 Huishoudelijk reglement).¹⁵

2.2.3 Normalisatie en betrokkenheid van wetgever en bestuur

Het komt voor dat de wetgever of een bestuursorgaan gebruikmaakt van normalisatie, omdat hij/het zelf de deskundigheid mist om bijvoorbeeld technische eisen waaraan producten moeten voldoen te ontwikkelen en vast te stellen. Zij kunnen in verband daarmee ook betrokkenheid hebben bij het normalisatieproces.

In de vorige paragraaf kwam al aan de orde dat een minister geen formele rol heeft bij de benoeming van leden van het bestuur en de raad van advies. Ook voor de benoeming van leden van normcommissies (door beleidscommissies) en van beleidscommissies (door het bestuur van het NNI) is niet statutair of reglementair voorzien in een (bindende) voordracht door of andere beïnvloedingsmogelijkheden van een minister.

De relatie tussen wetgever en normalisatie kan juridisch verschillend zijn vormgegeven. Zo kan de wetgever in beginsel geen betrokkenheid hebben bij de totstandkoming ervan en neutraal staan tegenover de uitkomst. Dan is sprake van zuivere zelfregulering. De wetgever kan ook het initiatief om tot normalisatie te komen, overlaten aan private partijen, maar zich het recht voorbehouden met wetgeving te komen indien beschermenswaardig geachte belangen niet of onvoldoende worden gediend door vastgestelde normen. Dan is sprake van vervangende zelfregulering. De wetgever kan het initiatief ook laten aan private partijen, maar daarbij wel randvoorwaarden stellen aan het te bereiken resultaat of aan de

¹⁴ Evers 2002, p. 19; Stuurman 1995, p. 36-37.

¹⁵ Zij houdt ingevolge art. 3.2.4 van het reglement in voorkomend geval rekening met een door een kritiekgever ingesteld beroep ter zake van een bepaald belangenaspect dat deze kritiekgever wezenlijk geschaad acht.

procedure waarin de normen tot stand wordt gebracht. Dit is geconditioneerde zelfregulering.¹⁶ Zowel bij vervangende als bij geconditioneerde wetgeving kan de wetgever ervoor kiezen naar de tot stand gekomen regels of normen te verwijzen in wetgeving.

Betrokkenheid van de overheid bij normalisatie heeft ook een financieel aspect. Het ministerie van Economische Zaken (EZ) stelt jaarlijks € 1,1 miljoen ter beschikking aan NEN. Daarmee wordt gevolg gegeven aan de overeenkomst die is gesloten tussen de Staat en NEN¹⁷ ter uitvoering van Verordening (EU) nr. 1025/2012 (de Verordening betreffende normalisatie). Dit is de zogenoemde taakgerichte financiering. Het bedrag wordt aangewend voor drie verschillende activiteiten van NEN:

- het informeren van belanghebbende partijen over Europese en mondiale normalisatie-initiatieven (de activiteit ‘informeren’) (twee derde van het bedrag);
- uitvoering van enkele taken die voortvloeien uit de Normalisatieverordening en de Overeenkomst die is gesloten tussen de Staat en NEN, waaronder notificatie en de controle of in regelgeving van de overheid wordt verwezen naar actuele dan wel vervallen normen (de activiteit ‘notificeren en controleren’); en
- een bijdrage in de kosten van lidmaatschappen van NEN aan mondiale en Europese normalisatie-instellingen.¹⁸

Daarnaast worden op projectmatige basis bijdragen aan normalisatie verstrekt.

In juli 2011 heeft het kabinet-Rutte I een standpunt over de financiële bijdrage van overheidswege aan normalisatie ingenomen en uitgesproken dat deze voldoende is.¹⁹ Dit standpunt was een reactie op het eindrapport van het project ‘Kenbaarheid van Normen en Normalisatie’, dat in 2004 aan de minister van Economische Zaken was aangeboden door het Platform Kenbaarheid Normen en Normalisatie. In dit platform waren verschillende organisaties die bij normalisatie betrokken zijn, vertegenwoordigd.²⁰ In dat project waren ook problemen met betrekking tot

16 Van Ommeren 2012, p. 213-216; Van Gestel 2008, p. 103.

17 Sttrt. 2013, 20863. Het is de opvolger van de overeenkomst tussen de NEN en de Staat, Sttrt. 2009, 39.

18 Kamerstukken II 2014/15, 34000 XIII, nr. 148 (brief van de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer, 9 maart 2015); Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193 (Kabinetsreactie op kenbaarheid van normen en normalisatie), p. 6.

19 Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 2, 4, 6. Vgl. over het belang van bijdragen van overheden echter: COM (2011)315, p. 2-3, 5-6.

20 Dit platform was een initiatief dat tweeënehalf jaar eerder was genomen door de minister van Economische Zaken. Het eindrapport van het project ‘Kenbaarheid van Normen en Normalisatie’ werd aan de minister van Economische Zaken met begeleidende brief op 10 november 2004 aangeboden door het Platform Kenbaarheid Normen en Normalisatie. Aan het platform werd deelgenomen door vertegenwoordigers van VNO-NCW, MKB Nederland, FNV, FME-CWM, Koninklijke Metaalunie, Normalisatiekringen Nederland, Consumentenbond en NEN. Het project werd begeleid door het Nederlands Normalisatie-instituut. Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 2.

de toegang tot het normalisatieproces in kaart gebracht en werden ter zake aanbevelingen gedaan. Eén aanbeveling hield – voor zover hier relevant – in dat de overheid haar financiële bijdrage aan normalisatie dient af te stemmen op ‘stimulering van deelname van marktpartijen aan normalisatie in het algemeen’. Een andere aanbeveling hield in dat de overheid bij normalisatie in de publieke context de deelname van zogenoemde ‘zwakke marktpartijen’ dient zeker te stellen.²¹ Aan deze aanbevelingen is geen praktisch gevolg gegeven.

Naast het financiële en het technisch-juridische aspect van de relatie tussen overheid en normalisatie, is er het aspect van de participatie van de overheid in normalisatie. Bestuursorganen kunnen zich laten vertegenwoordigen bij de totstandkoming van normen in normcommissies. Voor participatie van overheden in normalisatie in Nederland (dus door NEN) is geen (algemene) wettelijke regeling getroffen. Algemeen beleid op dit punt lijkt te ontbreken.²² Bestuursorganen zijn met name vertegenwoordigd in normcommissies als zij op een bepaald gebied technisch-uitvoerende taken vervullen en op gebieden waar de veiligheid of gezondheid in geding is. Bij beleidsmatige betrokkenheid kan een bestuursorgaan vertegenwoordigd zijn in een beleidscommissie van NEN (zie over beleidscommissies par 2.2.2). Of er beweging zit in deelname van overheden aan normcommissies en zo ja, welke is niet onderzocht.²³

Het kabinet-Rutte I is naar aanleiding van het eindrapport van het project ‘Kenbaarheid van Normen en Normalisatie’ een project gestart om belanghebbenden directer en goedkoper (via ICT) bij het normalisatieproces te betrekken. Het ‘Platform open normalisatie’ een adviesgremium van NEN, heeft in samenspraak met NEN gezorgd voor de ontwikkeling van een systeem voor het inzien van normontwerpen en het indienen van commentaar via een website.²⁴ Inmiddels is met deze website (www.normontwerpen.nl) enkele jaren ervaring opgedaan. Er wordt in de praktijk gebruik van gemaakt door personen en organisaties die niet bij de totstandkoming van een norm betrokken zijn geweest. Hun input maakt zichtbaar hoe een norm beter kan worden gemaakt vanuit een oogpunt van gebruikersvriendelijkheid.²⁵

21 Aanbeveling 4 en 5 in de brief van het Platform Kenbaarheid Normen en Normalisatie aan de minister van Economische Zaken, d.d. 10 november 2004; *Kamerstukken II 2010/II*, 27406, nr. 193, p. 2.

22 Over deelname van overheden aan nationale normalisatieactiviteiten die de ontwikkeling of herziening beogen van normen waarom de Commissie heeft verzocht binnen de grenzen van de bevoegdheden als bepaald in de Verdragen gaan art. 7 jo. art. 10 Normalisatieverordening.

23 Deze impressie is ontleend aan een vraaggesprek met mr. Rien Huige, hoofd van de afdeling Materialen & Bouwproducten van NEN.

24 Deze klankbordgroep is destijds gevormd door vertegenwoordigers van het ministerie van EL&I en BZK, VNO-NCW, MKN-NL, FME-CWM, Koninklijke Metaalunie, VOM, Aannemersfederatie Nederland Bouw en Infra, FNV, Consumentenbond en Normalisatie Kringen Nederland. *Kamerstukken II 2010/II*, 27406, nr. 193, p. 6-7. Zie: www.normontwerpen.nen.nl.

25 Met dank aan mr. Rien Huige.

Overheden zijn vertegenwoordigd in het reeds genoemde adviesgremium van NEN, het 'Platform open normalisatie'. Hierin worden op 'regelmatige basis beleid en ideeën uitgewisseld en bediscussieerd over normalisatie issues die belangrijk zijn voor MKB bedrijven.' Bij dit platform zijn zowel MKB-brancheor-organisaties als overheden betrokken.²⁶

De minister van Economische Zaken heeft begin 2015 gewezen op het belang van het verstrekken van relevante informatie door bestuursorganen aan een normalisatie-instelling of een andere 'normeigenaar'. Ervaringen van betrokken bestuursorganen met conformiteitsbeoordeling waarmee de wetgever bepaalde doelen wil realiseren, kunnen aanleiding zijn om de norm die daarbij wordt gehanteerd aan te passen als die onvoldoende aansluit bij wat volgens die bestuursorganen wenselijk is.²⁷

2.2.4 Verwijzing naar normen door de overheid

NEN heeft geen regelgevende bevoegdheid en oefent in beginsel geen overheidsgezag uit als normalisatienormen worden vastgesteld. De normen worden in een normcommissie op grond van privaatrechtelijke afspraken vastgesteld door vertegenwoordigers van organisaties die belang hebben bij een door eenieder te gebruiken standaard, maar samen geen publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid hebben.

Zowel in wetgeving als in beschikkingen wordt regelmatig naar normen verwezen. Ik bespreek eerst de verschillende manieren van verwijzing door de wetgever. Verwijzingen kunnen direct geschieden. Dan wordt in een wettelijk voorschrift naar een norm verwezen.

Zo bepaalt artikel 2.2 Bouwbesluit 2012 dat een bouwconstructie gedurende de in NEN-EN 1990 bedoelde ontwerplevensduur niet bezwijkt bij fundamentele belastingscombinaties als bedoeld in NEN-EN 1990.

Zij kunnen ook indirect geschieden: dan wordt verwezen naar een document, waarin op zijn beurt naar een norm wordt verwezen.

Zo bepaalt artikel 4.3 Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer voor gevaarlijke stoffen in verpakking dat de opslag moet voldoen aan nader genoemde voorschriften in PGS-richtlijn 15 (hierna: PGS 15). Een van de voorschriften waarnaar wordt verwezen is voorschrift 3.2.1 PGS 15, waarin is bepaald dat het dak van een opslagvoorziening niet brandgevaarlijk mag zijn conform NEN 6063.²⁸ Ook komt het voor dat in wetgeving naar een NEN-norm wordt verwezen waarin op zijn beurt wordt

26 www.nen.nl, onder Wat is normalisatie?, onder Doe mee, onder MKB en Maatschappelijke organisaties, onder Stimuleren deelname MKB.

27 Kamerstukken II 2014/15, 29304, nr. 5, p. 4.

28 content.publicatiereeksgevaarlijkestoffen.nl/documents/PGS15/PGS15-2005-vo.o.pdf. Zie voor een voorbeeld ook: Vz. ABRvS 17 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6024.

verwezen naar een (onderdeel van) een andere NEN-norm. Daarbij kan de wetgever zich al dan niet expliciet uitlaten over de kwestie of laatstgenoemde norm ook van toepassing is (zie voor expliciet uitlaten art. 1.2 Regeling Bouwbesluit 2012).

Bij verwijzing in wetgeving zijn normen volgens de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak niet als algemeen verbindende voorschriften te kwalificeren als bedoeld in artikel 89, vierde lid, Grondwet en artikel 3 en 4 Bekendmakingswet.²⁹ Zij gelden dan evenmin als ‘door de openbare macht uitgevaardigd’ als in artikel 11 Auteurswet bedoeld.³⁰ Consequenties hiervan worden besproken in paragraaf 3.2.3.

Als de wet naar normalisatienormen verwijst, zijn de normen, afhankelijk van de manier waarop de wetgever ernaar verwijst, echter wel bindend (‘publiekrechtelijk algemeen geldende normen’). Dit is zonder meer zo als een verwijzing naar NEN-normen in wetgeving ‘dwingend’ is. Een verwijzing is dwingend als burgers om aan een wettelijk voorschrift te voldoen, volgens de wet aan de norm moeten voldoen of deze moeten toepassen. Dwingende verwijzingen komen niet vaak voor.³¹

Een voorbeeld ervan is artikel 3.14, eerste lid, Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer: een windturbine moet voldoen aan veiligheidseisen opgenomen in NEN-EN-IEC 61400-2 en NVN 11400-0.

Bij een niet-dwingende verwijzing in een wettelijk voorschrift naar een norm is geen verplichting ontstaan om de norm na te leven, omdat volgens de wet ook op een andere wijze kan worden aangetoond dat het wettelijk beoogde resultaat wordt bereikt.³² Als echter in de wet is bepaald dat, hoewel ook voor een alternatieve methode kan worden gekozen om aan te tonen dat aan een bepaalde wettelijke eis is voldaan, bij naleving van de normen onomstotelijk vaststaat dat aan die eis is voldaan, is de norm, afgaand op de jurisprudentie, wél bindend.

Zo vloeit in algemene zin uit artikel 1.3 Bouwbesluit 2012 voort dat, als in een voorschrift naar een NEN-norm wordt verwezen, ook op andere wijze dan met

29 Dit geldt ook als voor verwijzing in een lagere regeling een uitdrukkelijke basis aanwezig is in een wet in formele zin. HR 22 juni 2012, AB 2012, 228, m.nt. Van Ommeren, TBR 2012/150, m.nt. A.R. Neerhof, Gst. 2012/87, m.nt. P.M.J. de Haan, JB 2012/178, m.nt. J.J.J. Sillen, BB 2012/433, m.nt. P. de Bruin, JOM 2012/776, JIN 2012/169, m.nt. J.J.J. Sillen, AA 2013, 762, m.nt. R.J.B. Schutgens, BR 2012/170, m.nt. C.N.J. Kortmann en I.O. den Hollander (Knooble), r.o. 3.8-3.9.

30 HR 22 juni 2012, AB 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (Knooble), r.o. 3.8 en 3.10.

31 Zie Kamerstukken II 2010/11, 27 406, nr. 193, p. 4-5. Het kabinet gaat sinds december 2015 uit van een ruimere definitie van dwingende verwijzing. Daaronder valt nu ook een verwijzing waarbij een andere oplossing toegepast mag worden zolang deze tenminste gelijkwaardig is aan de norm, maar om dit te kunnen beoordelen de norm ingezien moet kunnen worden. Zie www.rijksoverheid.nl, onder Alle onderwerpen, onder: Certificaten, keurmerken en meetinstrumenten, onder Normen voor producten, diensten of processen, onder Veelgestelde vragen normalisatie. Zie ook par. 3.2.3.1.

32 Het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (Activiteitenbesluit) kent geen algemene bepaling op basis waarvan wordt aangenomen dat verwijzingen naar NEN-normen niet dwingend zijn. Art. 1.8 Activiteitenbesluit kent een andere redactie dan art. 1.3 Bouwbesluit 2012. Het Activiteitenbesluit kent zowel dwingende als niet-dwingende verwijzingen.

toepassing van de norm aan een voorschrift wordt voldaan als daarmee een gelijkwaardig beschermingsniveau wordt gerealiseerd. De normen zijn volgens de jurisprudentie echter bindend.³³

Als de wetgever naar een norm verwijst en daarbij bepaalt dat het vaststellen van prestaties conform deze norm alleen een bewijsvermoeden oplevert dat gehandeld is in overeenstemming met bepaalde voorschriften, is de norm niet bindend. Tegenbewijs is toegelaten. Betrokkenen hebben de ruimte om te kiezen voor andere oplossingen, maar missen dan het bewijsvoordeel van het volgen van de norm en moeten aantonen dat de alternatieve methode tot het wettelijk beoogde resultaat leidt.³⁴

Een voorbeeld is artikel 6, eerste lid, Warenwetbesluit liften, dat bepaalt dat liften en veiligheidscomponenten die voldoen aan de door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: SZW) aangewezen geharmoniseerde normen in zoverre worden vermoed te voldoen aan essentiële veiligheids- en gezondheidseisen als bedoeld in artikel 5 van dit besluit.³⁵

Ook als in wetgeving niet naar NEN-normen wordt verwezen, kunnen zij overigens van belang zijn bij handelen van bestuursorganen. Zij kunnen worden gebruikt bij uitleg van wettelijke voorschriften in de praktijk. Er kan in beleidsregels of richtlijnen naar worden verwezen.

Zo wordt bijvoorbeeld bij vergunningverlening en handhaving op het gebied van het milieu veel gebruikgemaakt van PGS-richtlijnen. PGS staat voor de Publicatiereeks Gevaarlijke Stoffen.³⁶ In PGS-richtlijnen wordt op zijn beurt regelmatig naar NEN-normen verwezen. Er wordt van de richtlijnen bij vergunningverlening en handhaving (veelvuldig) gebruikgemaakt, ook als daarin naar NEN-normen wordt verwezen en de wetgeving op haar beurt niet naar de richtlijnen en daarin genoemde NEN-normen verwijst.³⁷

33 HR 22 juni 2012, AB 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.5; ABRvS van 2 februari 2011, AB 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan, JB 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, TBR 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.5.

34 Zie voor deze uitleg: Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 4.

35 Dit zijn de in bijlage I van de liftenrichtlijn (Richtlijn 95/16/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 1995 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende liften, PbEG 1995, L 213) opgenomen essentiële veiligheids- en gezondheidseisen. Met deze geharmoniseerde normen zijn overigens bedoeld normen, die in opdracht van de Europese Commissie op grond van de richtlijn liften door CEN en CENELEC zijn ontwikkeld en vastgesteld. Stb. 1996, 444, p. 17. Zie voor een ander voorbeeld van navolging van een norm die een bewijsvermoeden oplevert dat aan een wettelijke eis wordt voldaan: art. 10 Warenwetbesluit drukapparatuur. De constructie van het bewijsvermoeden houdt verband met de inbedding van deze normen in Europese regelgeving. Zie art. R8 Bijlage I (Referentiebepalingen voor communautaire harmonisatiewetgeving voor producten) bij Besluit nr. 768/2008/EG betreffende een gemeenschappelijk kader voor het verhandelen van producten en tot intrekking van Besluit 93/465/EEG van de Raad, PbEU 2008, L 218/82.

36 Deze reeks vervangt de voormalige CPR-richtlijnen.

37 Actualisatie en het beheer van de PGS geschiedt niet door een bestuursorgaan, maar door een organisatie waarin het bedrijfsleven, werknemers en overheden vertegenwoordigd zijn. Zie: www.pgs.nl.

Er wordt regelmatig in beschikkingen, in het bijzonder vergunningen, naar NEN-normen verwezen, zonder grondslag in de wet. De normen zijn dan volgens de Afdeling geen wettelijke voorschriften.³⁸ Algemeen geldende publiekrechtelijke normen kunnen zij door enkele verwijzing in vergunningen niet worden.³⁹

Als niet bij of krachtens wettelijk voorschrift naar een norm wordt verwezen, heeft de norm geen bindende kracht en kan de norm niet aan een burger worden tegengeworpen. Zo kan het niet voldoen aan de norm dan niet ten grondslag worden gelegd aan een bestuurlijke herstelsanctie.⁴⁰

2.2.5 Verwijzing naar NEN-normen en toetsing van kwaliteit

Een verwijzing naar normdocumenten in wetgeving kan statisch of dynamisch zijn. Bij een statische verwijzing vindt de verwijzing naar een normdocument plaats met vermelding van vindplaats en jaar van uitgaaf. Als de inhoud van het normdocument wijzigt, is het pas bindend als de wetgever naar het gewijzigde normdocument heeft verwezen. Bij een dynamische verwijzing wordt naar een normdocument verwezen zonder vermelding van de datum van uitgifte. Als de inhoud van het normdocument door de bevoegde instantie wordt gewijzigd, ondergaan de normen waaraan volgens de wet moet worden getoetst, automatisch wijziging.⁴¹

Het gebruik van statische verwijzingen is conform de Aanwijzingen voor de regelgeving. In aanwijzing 92, tweede lid, is neergelegd dat een verwijzing naar normen die niet publiekrechtelijk van aard zijn, in beginsel geschiedt naar die normen zoals zij op een gegeven tijdstip luiden. Omvat de verwijzing mede latere wijzigingen, dan moet tevens worden voorzien in mededeling van deze wijzigingen in de Staatscourant.

Bij een statische verwijzing heeft de wetgever steeds vooraf kunnen toetsen of de belangen die hij op het oog heeft voldoende in het gewijzigde normdocument zijn beschermd, alvorens dit normdocument deel uit gaat maken van het geldende recht.⁴² Bij een dynamische verwijzing wordt de opsteller van het normdocument degene die de inhoud van bepaalde wetgeving bepaalt, zonder daartoe democratisch te zijn gelegitimeerd.⁴³

publicatiereeksgevaarlijkstoffennl. Zie over PGS-richtlijnen: Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 24-29. PGS-richtlijnen (waarnaar niet in een wet- of vergunningsvoorschrift wordt verwezen) hebben voor de organen van provincies en gemeenten de status van richtlijnen, ofwel 'algemene, niet tot enige bevoegdheid te herleiden regels, die dienen ter normering van bestuurshandelen', als zij deze niet uitdrukkelijk en openbaar als eigen beleid hebben aanvaard. Op grond van eisen van zorgvuldigheid en deugdelijke motivering dient met richtlijnen in meer of mindere mate rekening te worden gehouden bij besluitvorming. Zie Bröring 1993, p. 28, en verder in het bijzonder p. 341-430 en p. 469-508.

38 ABRvS 13 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD9957, JM 2008/106, m.nt. Zigenhorn, JOM 2008/700; ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2185.

39 Van Gestel 2008, p. 126-127.

40 ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3295.

41 Zie Zijlstra 2012, p. 531.

42 Vgl. de toelichting bij aanwijzing 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Strt. 2000, 191, p. 9.

43 Zie Zijlstra 2012, p. 531; Huizink, Klein Wassink & Zijlstra 2004, p. 429-430.

Als bezwaar van een statische verwijzing is wel genoemd dat het telkens moeten verwijzen naar een actueler normdocument in een wet in formele zin of amvb leidt tot omslachtige procedures.⁴⁴ Dit nadeel is te ondervangen door de vaststelling van het exacte document te (sub)delegeren aan een minister.

Zo wordt in het Bouwbesluit 2012 en het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer naar NEN-normen verwezen door vermelding van de naam van het normdocument, maar niet van het jaar van uitgaaf van dat document. De vaststelling van het jaar van uitgaaf van dat document geschiedt krachtens subdelegatie in de Regeling Bouwbesluit 2012 onderscheidenlijk de Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer. Op deze manier kunnen in beginsel alleen normdocumenten bindend zijn als daartoe krachtens de wet uitdrukkelijk is besloten.⁴⁵

De wijze waarop wordt getoetst of naar een normdocument kan worden verwezen is verschillend. De wetgever kan de aanwijzing van de normdocumenten overlaten aan een bestuursorgaan – een betrokken minister – en daarbij (minimum)eisen formuleren waaraan het normdocument moet voldoen. Omdat gebruikmaking van deze normdocumenten bedoeld is om profijt te hebben van ‘regulering in de betrokken sector’ zelf, zijn die randvoorwaarden, afgezien van de eis dat ze niet in strijd mogen zijn met een wettelijk voorschrift, in hoofdzaak formeel en procedureel van karakter.⁴⁶ Ook komt het (vaak) voor dat inhoudelijke en procedurele criteria achterwege worden gelaten.⁴⁷

In zijn reactie Kenbaarheid van normen en normalisatie heeft het kabinet-Rutte I uitgesproken dat de wetgever dient na te gaan of bij de totstandkoming van de norm alle relevante belangen betrokken zijn, want dan kan worden aangenomen dat de norm recht doet aan de belangen van de betrokkenen. Als blijkt dat niet alle relevante belanghebbenden bij de totstandkoming van een norm zijn betrokken maar zij wel goed aansluit bij het overheidsbeleid, dan zou de wetgever er wel naar kunnen verwijzen, mits hij ‘in het reguliere proces van regelgeving nagaat of deze belanghebbenden niet onevenredig worden geschaad.’⁴⁸

In het algemeen geldt dat een toetsing, als die wordt uitgevoerd, vooral een procedurele is: hebben alle betrokkenen de mogelijkheid gehad hun standpunt in te brengen? Een technisch-inhoudelijke toets zal niet zelden moeilijk zijn uit te voeren, omdat daartoe veelal de expertise ontbreekt.

44 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 70.

45 Zie art. 1.5, eerste lid, Bouwbesluit 2012 in verbanding met art. 1.2, eerste lid, Regeling Bouwbesluit jo. bijlage I of II bij deze Regeling; art. 1.7 Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer in verbanding met art. 1.2 Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer. Echter, ingevolge art. 1.2, derde lid, Regeling Bouwbesluit 2012 zijn van de in de afdelingen 6.2 en 6.3 Bouwbesluit 2012 – die betrekking hebben op voorzieningen voor het afnemen en gebruiken van energie onderscheidenlijk watervoorzieningen – aangewezen normen, met uitzondering van NEN 1010, alle verwijzingen van toepassing. Stcrt. 2011, 23914, p. 16.

46 Zie art. 18 en 25 Besluit bodemkwaliteit.

47 Zoals in de Woningwet.

48 Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 5-6. Zie ook de toelichting bij aanwijzing 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Stcrt. 2000, 191, p. 9.

2.2.6 Verwijzing naar NEN-normen en uitoefening van openbaar gezag

Hierboven (in paragraaf 2.2.4) werd betoogd dat NEN geen regelgevende bevoegdheid en in beginsel geen overheidsgezag uitoefent als normalisatienormen worden vastgesteld. Over de vraag wanneer het NNI en het NEC, als private organisaties die de totstandkoming van de normen faciliteren, of hun besturen of normcommissies, bestuursorganen ex artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb zijn, heeft de Hoge Raad noch de Afdeling bestuursrechtspraak zich expliciet uitgelaten.⁴⁹ In lijn met hun jurisprudentie ligt dat de beslissing van een private instelling inhoudende de vaststelling van een norm ook bij verwijzing ernaar niet als besluit ex artikel 1:3 Awb van die instelling kan worden gekwalificeerd, in ieder geval niet bij de methodiek van statische verwijzing zoals bedoeld in aanwijzing 92, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Bij die methodiek wordt niet (de facto) regelgevende bevoegdheid aan de instelling overgedragen, zodat ook geen sprake kan zijn van uitoefening van openbaar gezag.⁵⁰

Verdedigbaar is dat bij een dynamische verwijzing naar een norm in wetgeving (zie paragraaf 2.2.5) de private instelling die de vaststelling van de norm faciliteert of in ieder geval het orgaan van de instelling die de norm vaststelt, bestuursorgaan ex artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb is en beslissingen tot vaststelling, wijziging of intrekking van die normen van dat orgaan of die instelling besluiten ex artikel 1:3 Awb zijn. Dan is immers de facto wel publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid overgedragen.⁵¹

Wat hier ook van zij, de inhoud van de norm maakt bij een verwijzing deel uit van de wettelijke regeling waarin de verwijzing is opgenomen en krijgt daardoor (ook) een publiekrechtelijk karakter. Als die wettelijke regeling niet afkomstig is van de wetgever in formele zin, maar van een bestuursorgaan, dan maakt zij deel uit van een besluit van dat bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:3 Awb.

In de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak en Hoge Raad deelt een norm waarnaar wordt verwezen in een algemeen verbindend voorschrift echter niet in het rechtskarakter ervan en kan de inhoud van die norm dus zelf geen algemeen verbindend voorschrift zijn.⁵² Een benadering waarin een norm waarnaar wordt verwezen in een algemeen verbindend voorschrift in het rechtskarakter ervan deelt, is echter goed verdedigbaar. In beginsel maken zij deel uit van algemene de burgers bindende regels die door het bevoegd gezag zijn uitgevaardigd, zodat daarop de rechtsregels van toepassing moeten zijn die op algemeen verbindende voorschriften van toepassing moeten zijn.⁵³ Voor zover consequenties hiervan

49 Vgl. echter het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 16 november 2010 in de Knooble-zaak, TBR 2011/31, m.nt. A.R. Neerhof, i.h.b. r.o. 8-9.

50 HR 22 juni 2012, AB 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (Knooble), r.o. 3.8 en 3.9, en ABRvS 2 februari 2011, AB 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (City Crash), r.o. 2.4.3.

51 Vgl. Zijlstra 2012, p. 531.

52 HR 22 juni 2012, AB 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (Knooble), r.o. 3.8 en 3.9, en ABRvS 2 februari 2011, AB 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (City Crash), r.o. 2.4.3.

53 Elferink 1998, i.h.b. p. 117-120. Vgl. Peters 2013, p. 207-208. Het pleidooi van Peters vond aanleiding in de casus die aan de orde was in ABRvS 29 augustus 2012, AB 2014/83, m.nt. H. Peters. Hierin was geen sprake van een verwijzing in de wet naar door een orgaan van een

voor de wetgever en voor normalisatie-instellingen niet aanvaardbaar zouden worden geacht (met name in verband met bekendmakingsverplichtingen), zou een afwijkende regeling van de regels voor bekendmaking en een passende regeling voor de auteursrechten door de wetgever kunnen worden vastgesteld.

2.3 Conformiteitsbeoordeling

2.3.1 Begripsafbakening

Naast normalisatie is conformiteitsbeoordeling in de praktijk een belangrijke manier waarop in het bijzonder markten door private partijen worden gereguleerd. Bij conformiteitsbeoordeling worden eigenschappen van een onderwerp van beoordeling – een product, dienst, persoon of systeem – bepaald en vergeleken met gespecificeerde eisen, waarna een verklaring over de conformiteit wordt afgegeven. De beoordeling geschiedt door een derde, onafhankelijk geachte instantie. De eisen zijn vastgesteld door een normalisatie-instituut, een college van deskundigen (zie par. 2.3.2) en/of door partijen bij een bepaalde overeenkomst.

Een conformiteitsverklaring (testverklaring of certificaat) houdt in dat het gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat het onderwerp van beoordeling aan vooraf gestelde eisen voldoet. Conformiteitsbeoordeling vindt in beginsel plaats op grond van overeenkomsten tussen de partij die de conformiteitsverklaring aanvraagt en de instelling die de conformiteitsverklaring verleent.⁵⁴ De beoordelende instantie is in Nederland vrijwel altijd een private instelling.⁵⁵ Zij is dus in ieder geval geen (orgaan van een) rechtspersoon krachtens publiekrecht ingesteld.

Een conformiteitsverklaring kan zowel een eenmalige verklaring zijn als een verklaring die voor een bepaalde periode wordt afgegeven. Een eenmalige verklaring volgt bijvoorbeeld na een keuring door testlaboratorium (een testverklaring). Als de verklaring voor een bepaalde periode wordt afgegeven, is sprake van een certificaat. Een certificaat is dus een species van het genus conformiteitsverklaring.⁵⁶

private instelling vastgestelde regels, maar van een wettelijk vereiste instemming door de minister van VWS met private regels. Op basis van private regels waarmee de minister had ingestemd kon de registratiecommissie van de betreffende organisatie van beroepsbeoefenaren beslissingen nemen over individuele registratie. Laatstgenoemde beslissingen kwalificeerden gelet op de aan deze commissie krachtens de wet gegeven bevoegdheid als besluiten ex art. 1:3 Awb, maar de private regels na de erkenning door de minister volgens de Afdeling echter niet. Voor de door hem bepleite benadering – regels kunnen zowel privaatrechtelijk zijn en blijven en kunnen door overname door een bestuursorgaan tevens publiekrechtelijk van aard zijn (en algemeen verbindend voorschrift worden) – zou des te meer reden zijn bij een (statische) verwijzing naar een norm in een algemeen verbindend voorschrift op zodanige wijze dat die norm de burgers bindt.

54 Zie hierover Verbruggen 2013.

55 Vgl. de definitie van certificering het MDW-rapport, *Normalisatie en certificatie*, Den Haag 1996, p. 5 (bijlage bij Kamerstukken II 1995/96, 24036, nr. 15). Zie ook: Evers 2002, p. 20-21, 23; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p.12-13.

56 Certificatie is een vorm van conformiteitsbeoordeling waarbij wordt vastgesteld of gedurende een bepaalde periode het gerechtvaardigde vertrouwen bestaat dat een duidelijk omschreven object voldoet aan vooraf gestelde eisen. Zie Evers 2002, p. 22. In het spraakgebruik wordt de term

De instellingen die conformiteitsverklaringen afgeven, zijn certificerende instellingen, laboratoria en inspectie-instellingen. Deze instellingen kunnen worden aangeduid met de overkoepelende term conformiteitsbeoordelingsinstanties. Conformiteitsbeoordelingen geschieden door deze instellingen op basis van vertrouwelijkheid door activiteiten als testen, kalibratie, inspectie, audit of een examen.

2.3.2 Beoordelingsrichtlijnen

Op grond van de resultaten van de beoordeling wordt een uitspraak gedaan over het voldoen aan de gestelde eisen. Een conformiteitsbeoordelingsinstantie handelt bij het uitvoeren van de conformiteitsbeoordeling bepaalde beoordelingsrichtlijnen. Deze beoordelingsrichtlijnen (BRL's), ook wel 'certificatieschema's' genoemd, vormen de technische basis om tot conformiteitsbeoordeling te komen. In de beoordelingsrichtlijnen of schema's worden eisen die van toepassing zijn op een product of proces uitgewerkt in objectief meetbare criteria. De wijze waarop overeenstemming van het object van conformiteitsbeoordeling met bepaalde criteria wordt vastgesteld, is daarin neergelegd. Daarbij kan gebruik zijn gemaakt van normalisatienormen, maar dat hoeft niet. De beoordelingsrichtlijnen kunnen ook eisen stellen aan de interne kwaliteitsbewaking van de houder van een conformiteitsverklaring, om te borgen dat de producten/het proces bij voortduring aan de gestelde eisen voldoet. Daarnaast worden eisen gesteld aan de conformiteitsbeoordelingsinstanties en wordt vastgelegd welke acties volgen als niet aan de criteria wordt voldaan.⁵⁷

Beoordelingsrichtlijnen worden vastgesteld door een College van Deskundigen, ofwel een CvD. CvD's oefenen geen overheidsgezag uit als zij beoordelingsrichtlijnen vaststellen, tenzij hun bij wet bevoegdheden zouden zijn gekend om deze vast te stellen en daaraan rechtsgevolgen zijn verbonden. Mij zijn geen voorbeelden bekend waarin dit het geval is. Wel komt het voor dat BRL's bindend worden doordat er in wetgeving naar wordt verwezen.⁵⁸

Deelnemers aan een CvD zijn belangenbehartigers die kennis hebben van wat er in de markt speelt en/of inhoudelijke deskundigen. Hierin zijn marktpartijen vertegenwoordigd, maar kunnen ook ideële of belangenorganisaties

certificatie overigens vaak gebruikt waar conformiteitsbeoordeling wordt bedoeld, als een pars pro toto. Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 17. In het Kabinetsstandpunt over het gebruik van certificatie en accreditatie in het kader van overheidsbeleid uit 2003 wordt steeds gesproken over certificerende instellingen (CI's), ook daar waar het gaat om laboratoria en inspectie-instellingen: *Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1*, p.18. Ik houd hier vast aan conformiteitsbeoordeling als het bredere en certificatie als het engere begrip.

57 Zo kan worden bepaald aan welke eisen van vakbekwaamheid personen die controles uitvoeren moeten voldoen, worden vastgelegd met welke frequentie controlebezoeken worden afgelegd en welke geconstateerde afwijkingen aan een conformiteitsverklaring in de weg staan aan of een aanleiding zijn om een dergelijke verklaring op te schorten of in te trekken. Het is de bedoeling dat een schema 'normstellend' en 'uitvoerbaar' is. Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 16; Evers 2002, p. 102.

58 Betrekkelijk willekeurige voorbeelden: art. 3.65, vijfde lid, en 3.68, eerste en tweede lid, Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer.

vertegenwoordigd zijn.⁵⁹ De CvD is ondergebracht bij de beheerder van de beoordelingsrichtlijn(en) ofwel de schemabeheerder. De schemabeheerder kan een conformiteitsbeoordelende instelling zijn. Er zijn ook schemabeheerders die zelf geen conformiteitsbeoordelende instelling zijn.⁶⁰

Conformiteitsbeoordelingsinstanties kunnen belang hebben bij harmonisatie van de beoordelingsrichtlijnen of -schema's.⁶¹ Dit kan leiden tot de instellingen van Centrale Colleges van Deskundigen (CCvD's), die worden belast met vaststelling van geharmoniseerde 'certificatieschema's'. Zij kunnen zijn ondergebracht bij een rechtspersoon van één of meer beoordelende instellingen of onderdeel zijn van een aparte stichting.⁶²

Soms wordt bij overeenkomst voorzien in een toetsing van beoordelingsrichtlijnen door een onafhankelijke derde instantie.

Zo is voor de erkende kwaliteitsverklaringen in de bouw in een overeenkomst tussen de RvA, de Stichting Bouwkwiteit (SBK) en de minister die het aanging (destijds VROM) vastgelegd dat de onderliggende 'geharmoniseerde beoordelingsrichtlijn' door SBK als zodanig dient te zijn aanvaard.⁶³ Voor die aanvaarding bestaan specifieke procedures.⁶⁴

De rol van de RvA bij beoordelingsrichtlijnen komt hieronder (par. 2.3.4) aan de orde.

2.3.3 Overheidsbetrokkenheid bij beoordelingsrichtlijnen

Bestuursorganen kunnen een rol hebben bij de totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen. Het komt voor dat aan conformiteitsinstanties die een minister verzoeken om op grond van de wet aangewezen te worden als instantie die bepaalde conformiteitsbeoordeling mag verrichten als eis wordt gesteld dat zij gebruikmaken van door beheerstichtingen met CCvD's ontwikkelde certificatieschema's die door het betreffende ministerie zijn vastgesteld. Dat is echter geen standaard situatie. Een dergelijke praktijk kan aan de orde zijn bij wettelijk geregelde conformiteitsbeoordelingen, zoals die onder de Warenwet en de Arbeidsomstandighedenwet (zie par. 2.3.8).

Betrokkenheid van bestuursorganen kan tot uitdrukking komen in participatie in een CvD dat beoordelingsrichtlijnen vaststelt.⁶⁵ Er is geen algemeen beleid op het

⁵⁹ Evers 2002, p. 104.

⁶⁰ Genoemd kan worden de Stichting Kwaliteitsborging Installatiesector, 'een BRL-schrijver die niet certificeert'. Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 24. Ook kan worden genoemd de Stichting Normering Arbeid.

⁶¹ Zo kunnen op basis van geharmoniseerde richtlijnen erkende kwaliteitsverklaringen als bedoeld in art. 1.11 Bouwbesluit worden afgegeven.

⁶² Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 16-17; Evers 2002, 104.

⁶³ Sttrt. 2006, 132.

⁶⁴ Neerhof 2013a, p. 95-101.

⁶⁵ Zo zijn bijvoorbeeld Rijkswaterstaat en de minister van I&M vertegenwoordigd in het CCvD Bodembeheer. Zie www.sikb.nl, onder Organisatie, onder Organisatiestructuur, onder CCvD en AC Bodembeheer.

niveau van de centrale overheid wanneer deelname in dergelijke colleges al dan niet aangewezen zou zijn. In het kabinetsstandpunt 'Certificering en accreditatie in het kader van overheidsbeleid' uit 2003 wordt het belang van een goede communicatie tussen overheid en marktpartijen onderschreven, in het bijzonder indien certificatieschema's worden opgesteld als onderdeel van wettelijke regelingen. Een door de overheid opgestelde wettelijke regeling zou echter voldoende duidelijk moeten zijn voor de marktpartijen om de wettelijke eisen technisch in te vullen en voor een juiste vertaling zou een betrokkenheid van de overheid in ieder geval niet nodig moeten zijn. Het motief van de overheid om certificering in te zetten zou van belang zijn bij keuzes inzake participatie. Een overheidsbetrokkenheid ligt minder voor de hand als de overheid het certificatieproces nadrukkelijk geheel aan de markt wil overlaten. Overheidsvertegenwoordiging zou van geval tot geval en afhankelijk van de motieven en de aard van de certificering moeten worden gezien.

Overheidsdeelname zou zich volgens het genoemde kabinetsstandpunt in ieder geval moeten beperken tot een waarnemerstatus. Op die manier zou de overheid kennis kunnen nemen van de ontwikkelingen in de marktsector en het functioneren van de certificatieregeling en de rol van betrokken partijen daarbij en voeling houden met toepassing van de betreffende wettelijke voorschriften in de praktijk.⁶⁶

Ik merk op dat voor de beslissing over participatie van belang zou moeten zijn dat een bestuursorgaan met participatie in een CvD ook de wijze van accrediteren door de RvA van instellingen die de conformiteitsbeoordeling op basis daarvan willen verrichten, kan beïnvloeden.⁶⁷ Zoals gezegd, meer over het toezicht door de RvA hieronder in paragraaf 2.3.4.

De minister van Economische zaken gaf er in januari 2015 blijk van het belang te onderkennen van het delen door bestuursorganen van hun ervaringen met de schemabeheerders als certificatie door de wetgever of door bestuursorganen zelf gebruikt wordt om bepaalde doelen te realiseren. Ervaringen met de conformiteitsbeoordeling kunnen voor de schemabeheerder aanleiding zijn om een beoordelingsrichtlijn (certificatieschema) aan te passen 'wanneer de reikwijdte van het certificaat niet overeenkomt met de betreffende wet- en regelgeving'.⁶⁸

2.3.4 De rol van de Raad voor Accreditatie

2.3.4.1 De Raad voor Accreditatie geduid

Een systeem van conformiteitsbeoordeling kan alleen functioneren als de betrouwbaarheid ervan is gewaarborgd. Accreditatie-instanties zijn uit deze behoeften voortgekomen. Bij accreditatie wordt de bekwaamheid of competentie van de conformiteitsbeoordelende instelling beoordeeld. De stichting RvA is in

66 Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1 (Kabinetsstandpunt over het gebruik van certificatie en accreditatie in het kader van overheidsbeleid), p. 14-15.

67 Zo kunnen onder meer omvang, aard en frequentie van de beoordelingen die de RvA uitvoert en rapportage en gegevensuitwisseling worden geregeld. Neerhof 2013a, p. 102.

68 Kamerstukken II 2014/15, 29304, nr. 5, p. 4.

1995 opgericht als resultaat van de fusie van de Raad voor Certificatie (RvC) en NSS (Nederlandse Kalibratie Organisatie (NKO)/Sterlab/Sterin).⁶⁹ Accreditatie is een manier om de betrouwbaarheid van de door beoordelende instellingen verstrekte informatie te waarborgen en de risico's van gebruikmaking van conformiteitsbeoordelingen af te dekken.⁷⁰

Accreditatie is sinds 1 januari 2010 verankerd in Europese en Nederlandse wetgeving. Op die datum trad Verordening (EG) nr. 765/2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten (Verordening accreditatie en markttoezicht)⁷¹ in werking.⁷² Artikel 5, eerste lid, van deze verordening bepaalt dat een nationale accreditatie-instantie op verzoek van een conformiteitsbeoordelingsinstantie beoordeelt of deze bekwaam is een specifieke conformiteitsbeoordelingsactiviteit uit te voeren. Wanneer zij bekwaam wordt bevonden, geeft de nationale accreditatie-instantie een accreditatiecertificaat af. Nationale accreditatie-instanties zijn bevoegd, met uitsluiting van anderen, de bekwaamheid van een conformiteitsbeoordelingsinstantie vast te stellen. In iedere EU-lidstaat is één nationale instantie aangewezen om te accrediteren, ook als deze accreditatie niet wettelijk is voorgeschreven (art. 4, eerste lid, Verordening). De lidstaten zijn daarbij gehouden accreditatie aan te merken als een activiteit van openbaar gezag, ongeacht de rechtsvorm van de accreditatieinstantie.⁷³

Accreditatie-instanties moeten voldoen aan in de genoemde verordening gestelde eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en technische bekwaamheid (art. 4, zesde tot en met het negende lid en elfde lid, art. 8 Verordening). In het bijzonder gaat het om:

1. verantwoordelijkheden en taken van de nationale accreditatie-instantie die duidelijk zijn onderscheiden van die van andere nationale autoriteiten;
2. geen winstoogmerk;
3. geen activiteiten die concurreren met activiteiten van de conformiteitsbeoordelingsinstanties;
4. geen aandelen in die instanties en geen commerciële adviesdiensten aan die instanties;
5. voldoende financiële en personele middelen, bekwaamheid van personeel;
6. vertrouwelijke behandeling van informatie;
7. een evenwichtige betrokkenheid van alle belanghebbenden;
8. publicatie van jaarrekeningen.⁷⁴

69 Op 31 december 2007 zijn verder de RvA en de Stichting voor de bevordering van de kwaliteit van het laboratoriumonderzoek en voor de accreditatie van laboratoria in de gezondheidszorg (CCKL) gefuseerd. CCKL is een onderdeel van de RvA en accrediteert Nederlandse medische laboratoria in de humane gezondheidszorg. Zie www.rva.nl, onder Over de RvA, onder Geschiedenis.

70 Vgl. Gabriël Breukers 2008, p. 177, 308-309.

71 Verordening (EG) nr. 765/2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten, PbEU 2008, L 218/30.

72 Art. 44 van deze verordening.

73 Preambule nr. 15.

74 Vgl. ISO/IEC 17011 en ISO/IEC-documenten met bijzondere eisen voor accreditatie van specifieke instellingen. In het algemeen zijn betrouwbaarheid en transparantie belangrijke eisen waaraan accreditatie moet voldoen. Er is door de EA vastgesteld welke eisen in de verordening nieuw zijn ten opzichte van de eisen die al voor accreditatieinstellingen golden (in het bijzonder ISO/IEC

Nationale accreditatie instanties die, na met goed gevolg een systeem van collegiale toetsing te hebben doorlopen (zie hierover par. 2.3.4.3), aantonen dat zij voldoen aan de criteria van de desbetreffende voor accreditatie geharmoniseerde norm (een ISO-IEC-norm voor accreditatie) worden vermoed aan de eisen van artikel 8 van de verordening te voldoen (art. 11, eerste lid, Verordening).

In Nederland is de Stichting Raad voor Accreditatie (RvA) aangewezen als de nationale accreditatie instantie in de zin van de genoemde verordening. Zij is belast met het uitvoeren van de in de verordening aan de nationale accreditatie instantie opgedragen taken (art. 2, eerste lid en art. 4, aanhef en onder a, Wet aanwijzing nationale accreditatie instantie (Wanai)). Het bestuur van de RvA is aangewezen als het orgaan dat de aan de nationale accreditatie instantie opgedragen taken uitvoert (art. 2, tweede lid jo. art. 4, eerste lid, aanhef en onder a, Wanai).

2.3.4.2 Taken van de RvA

De RvA is door de wetgever in verband met de inwerkingtreding van de Verordening accreditatie en markttoezicht op 1 juli 2008 belast met datgene wat zij al lang deed: beslissen over verlening van accreditatiecertificaten, monitoren van de conformiteitsbeoordelingsinstanties waaraan een accreditatieverklaring is verleend en beperken, schorsen of intrekken van accreditatiecertificaten. Jaarlijks toezicht van de RvA op conformiteitsbeoordelende instellingen bestaat uit documenten- en dossieronderzoek, interviews en het bijwonen van de conformiteitbeoordelende activiteit in de praktijk, zoals bijvoorbeeld audits, inspecties of examens.⁷⁵ Ingevolge artikel 7 Wanai stelt de RvA tarieven vast voor de door hem te verrichten werkzaamheden ten behoeve van conformiteitsbeoordelingsinstanties.⁷⁶

De RvA heeft een rol bij totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen die de basis zijn van conformiteitsbeoordeling. Zij worden door schemabeheerders ter acceptatie aangeboden aan de RvA. Voor accreditatie door de RvA van een instelling voor het uitvoeren van een bepaalde conformiteitsbeoordeling is een voorwaarde dat de beoordelingsrichtlijn die de instelling bij haar werkzaamheden in het kader van die werkzaamheden hanteert, wordt geaccepteerd door de RvA.⁷⁷ De RvA toetst of met de documenten betrouwbare conformiteitsbeoordelingen kunnen worden uitgevoerd.⁷⁸ Hij toetst niet of met het document en de toepassing ervan het beoogde doel wordt gerealiseerd. Voor toetsing van beoordelingsrichtlijnen

17011): EA-1/17-S1 - EA Criteria for Membership. Zie www.european-accreditation.org, onder Publications, onder EA Governance and Policy Documents.

75 Zie hierover art. 14 Beleidsregel Accreditatie (BR002). Zie: www.rva.nl, onder Documenten, onder Beleidsregels, Voorschriften en Algemene Besluiten.

76 Hij kan tevens tarieven vaststellen voor informatieverstreking en andere activiteiten in het kader van zijn contacten met conformiteitsbeoordelingsinstanties.

77 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 7.

78 Hij doet daarbij geen uitspraak over de zwaarte van de eisen die aan een product, dienst, persoon of systeem worden gesteld.

heeft de RvA document T33 vastgesteld.⁷⁹ Hierin zijn eisen neergelegd als vaststelling door competente personen, vooraf testen van het nieuwe schema, aantonen dat het schema in de praktijk uitvoerbaar is en voldoet aan de verwachtingen van de opstellers (validatie) en kenbaarheid.

De RvA kent ook een afzonderlijke procedure voor beoordeling en acceptatie van een schemabeheerder. Draagvlak in de markt en een evenwichtige samenstelling van het college dat zorgt voor totstandkoming en onderhoud van een schema zijn essentiële criteria.⁸⁰

Voor zover het bestuur van de RvA taken in het kader van accreditatie uitvoert, oefent hij sinds 1 juli 2008 publiekrechtelijke bevoegdheden en dus openbaar gezag uit. In zoverre is dit bestuur een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, onder b, Awb. Beslissingen tot verlening van een accreditatiecertificaat, weigering, beperking, intrekking of schorsing hiervan zijn besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. Tegen deze beslissingen staat bezwaar open bij het bestuur van de RvA (art. 8:1 jo. art. 7:1 Awb), vervolgens beroep bij de rechtbank (art. 8:1 e.v. Awb) en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 8:104 jo. art. 8:105 Awb).

Op al het handelen van de RvA in de hoedanigheid van accreditatie-instantie zijn de Wob en de Wet Nationale ombudsman van toepassing (art. 1a, eerste lid, aanhef en onder e, WNo, en art. 1a, eerste lid, aanhef en onder d, Wob jo. het Besluit bestuursorganen WNo en Wob). De regeling voor klachtbehandeling van afdeling 9.1 Awb en de klachtbehandeling door de ombudsman van afdeling 9.2 Awb zijn van toepassing. Zo kan bijvoorbeeld een klacht bij het bestuur van de RvA worden ingediend over de wijze van beoordeling van een beoordelingsrichtlijn. Voor de behandeling van de klachten met betrekking tot de taakvervulling door de RvA als accreditatie-instantie (als bedoeld in art. 4 Wanai) heeft de RvA beleidsregels vastgesteld.⁸¹

2.3.4.3 Toezicht op de RvA

Het bestuur van de RvA is een zelfstandig bestuursorgaan (hierna: zbo) als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder a, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Het voldoet aan de hierin neergelegd definitie, want het is een orgaan van de centrale overheid dat bij wet – de Wanai – met openbaar gezag is bekleed en niet ondergeschikt is aan een minister.⁸² De Kaderwet is op de RvA van toepassing, nu

79 De eisen voor de schema's zijn gebaseerd op de normen voor accreditatie en de daarbij te hanteren richtlijnen van de EA, de International Accreditation Forum-Multilateral Recognition Arrangements (IAF-MLA), de International Laboratory Accreditation Cooperation-Mutual Recognition Arrangement (ILAC-MRA) en beleids- en toelichtende documenten van de RvA. Zie: Beoordeling van schema's voor conformiteitsbeoordeling, To33, p. 8, www.rva.nl, onder Documenten, onder Beoordelingsdocumenten, onder Toelichtende documenten (T-documenten), onder Algemeen.

80 Zie het Reglement voor de Beoordeling en Acceptatie van Schemabeheerders (RvA-R013), www.rva.nl onder Documenten, onder Regels en besluiten.

81 Beleidsregel Klachten RvA, BR008. Zie www.rva.nl, onder Documenten, onder Regels en besluiten.

82 Vgl. Zijlstra 2009, p. 68-69.

uitzonderingen als bedoeld in artikel 2 van de Kaderwet niet van toepassing zijn en de Kaderwet niet bij bijzondere wet van toepasselijkheid is uitgezonderd.

Toekenning van taken van accreditatie-instantie aan een zbo sluit goed aan bij artikel 4, zesde lid, van de Verordening markttoezicht en accreditatie. Daarin is bepaald dat de verantwoordelijkheden en taken van de nationale accreditatie-instantie moeten worden onderscheiden van die van andere nationale autoriteiten. De ministers moeten dus op afstand staan en dat is bij een zbo het geval.

Artikel 9, eerste lid, Verordening accreditatie en markttoezicht bepaalt dat wanneer een nationale accreditatie-instantie niet aan de eisen of verplichtingen van deze verordening voldoet, de betrokken lidstaat passende corrigerende maatregelen neemt of ervoor zorgt dat dergelijke corrigerende maatregelen worden genomen.⁸³ In mogelijkheden tot het nemen van passende maatregelen is in de Kaderwet voorzien. De status van zelfstandig bestuursorgaan (die onder de Kaderwet valt) van het bestuur van de RvA brengt mee dat de minister 'die het aangaat' in het belang van het adequate functioneren van de RvA weliswaar geen aanwijzingen in individuele gevallen kan geven, maar wel in het algemeen of op een bepaald terrein bepaalde bevoegdheden heeft tot sturing en toezicht. Zo heeft de minister die het aangaat de bevoegdheid beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de taakuitoefening door de RvA (art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). Gelet op artikel 4:84 Awb dient de RvA deze beleidsregels in beginsel na te volgen bij zijn taakuitoefening. Verder heeft de minister die het aangaat een tweetal ingrijpende bevoegdheden. Hij kan besluiten van het bestuur van de RvA die in strijd zijn met het recht of het algemeen belang vernietigen (art. 22, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen jo. art. 10:34 Awb). Hij is bevoegd tot het treffen van noodzakelijke voorzieningen als de RvA naar zijn oordeel zijn taak ernstig verwaarloost (art. 23 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).⁸⁴ Ook zijn er enkele verplichtingen van de RvA jegens de betrokken minister, zoals de verplichting desgevraagd aan hem alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen te verschaffen (art. 20, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).⁸⁵ Daarnaast heeft de minister van Economische zaken op grond van de Wanai enkele bevoegdheden, zoals goedkeuring van de benoeming van leden van het bestuur en de wijziging van de statuten van de RvA door de minister (art. 3, eerste lid, Wanai). Ook verklaart artikel 8 Wanai dat de regels rond de begroting, het beheer en de verantwoording die gelden voor publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganen (de artikelen 26 tot en met 35 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen) van toepassing zijn op het financieel beheer en de verantwoording door de RvA. Dit betekent onder meer dat de begroting, inclusief een voorstel voor de in het begrotingsjaar te hanteren

83 De Europese Commissie moet in kennis worden gesteld van de maatregelen.

84 Deze bevoegdheden tot vernietiging en tot ingrijpen bij taakverwaarlozing zijn bedoeld als ultimum remedium. Kamerstukken II 2000/01, 27426, nr. 3, p. 27-28. Dat deze bevoegdheden in de Wanai niet zijn uitgesloten, is begrijpelijk tegen de achtergrond van toezichtverplichtingen van de lidstaten op grond van art. 9, eerste en tweede lid, Verordening.

85 Daarnaast opstelling van een jaarlijks verslag van de taakuitvoering en het beleid en verzending ervan aan de minister die het aangaat en beide kamers der Staten-Generaal (art. 18 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).

tarieven, en de jaarrekening goedkeuring behoeven van de minister die het aangaat (art. 28, eerste lid, aanhef en onder b, 29 en 34 Kaderwet).⁸⁶

De RvA moet zich onderwerpen aan collegiale toetsing. De toetsing wordt georganiseerd door de European co-operation for Accreditation (EA), een instantie die door de Commissie na overleg met de lidstaten is erkend als de instantie die de nationale accreditatie-instansies onderwerpt aan deze toetsing (art. 10 Verordening). Bij het uitoefenen van toezicht op de RvA maakt de minister van Economische zaken gebruik van de bevindingen van de EA.⁸⁷

De RvA verricht uiteraard ook zelf werkzaamheden in het kader van de collegiale toetsing.

2.3.5 Betekenis van conformiteitsbeoordeling voor besluitvorming door bestuursorganen

Ik besprak hierboven conformiteitsbeoordeling in relatie tot werkzaamheden van CvD's, bestuursorganen en de RvA. Ik ga nu in op de relatie tussen conformiteitsbeoordeling en besluitvorming door een bestuursorgaan. Die kan op verschillende manieren zijn vormgegeven. Eijlander, Evers en Van Gestel kwamen in 2003 tot een heldere indeling in vier varianten,⁸⁸ die in een kabinetsstandpunt – dat het kabinet-Balkenende II uitbracht over certificatie en accreditatie – op hoofdlijnen werd gevolgd.⁸⁹ In navolging van hen onderscheid ik de volgende varianten.

Erkenningsvariant

In de erkenningsvariant kan of moet met een conformiteitsverklaring voor een product (bijvoorbeeld een tank), systeem (bijvoorbeeld een milieuzorgsysteem), proces (zoals bodemsanering of asbestverwijdering) of een persoon die een bepaalde activiteit uitvoert (zoals de keuring van een installatie) worden aangetoond dat aan een bepaald wettelijke eis wordt voldaan.⁹⁰ Daarvoor is volgens de

86 De Kaderwet zelf bepaalt in art. 37 dat de art. 26 tot en met 35 van deze wet van toepassing zijn op een privaatrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan indien het uitsluitend bij of krachtens de wet opgedragen taken en werkzaamheden uitvoert. De RvA verricht echter niet uitsluitend dat soort werkzaamheden. Art. 8 Wanai bepaalt daarom dat de genoemde artikelen van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen op de RvA van toepassing zijn. *Kamerstukken II 2008/09, 31931, nr. 3, p. 17.*

87 Bokhorst 2013, p. 18.

88 Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, i.h.b. p. 49-58; *Kamerstukken II 2004/05, 299304, nr. 3.* Het rapport werd door genoemde auteurs in 2003 in opdracht van het ministerie van Economische Zaken uitgebracht. Zie ook Eijlander 2008. Een aanzet tot deze indeling is reeds te vinden in Evers 2002, p. 197-190. Zie ook: Evers 2004, p. 207-208, 212-214; Gabriël-Breukers 2008, p. 28-30, 37-42.

89 *Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 20-21.* Inmiddels wordt gewerkt aan een herziening van dit kabinetsstandpunt, omdat aanpassingen nodig zijn aan de veranderde juridische realiteit (zo is de RvA inmiddels een bestuursorgaan) en om wetgevingsjuristen en beleidsmakers meer houvast te bieden op dit complexe terrein. De herziening was op 31 januari 2016 nog niet naar de Tweede Kamer verzonden.

90 Dit kan in een wettelijk- of een vergunningvoorschrift zijn geformuleerd, maar ook in een richtlijn waarnaar in een wettelijk of vergunningsvoorschrift wordt verwezen.

wet enkel en alleen de conformiteitsverklaring nodig. Bevoegde organen moeten deze verklaring bij uitvoering en handhaving van de desbetreffende wet op echtheid toetsen en haar bij gebleken echtheid accepteren als een bewijs dat aan het wettelijk voorschrift is voldaan, zonder dat verdere toetsing behoeft plaats te vinden of de verklaring had mogen worden afgegeven.⁹¹

Een voorbeeld van de erkenningsvariant is de erkende kwaliteitsverklaring voor een bouwproduct- of proces als bedoeld in artikel 1.8, tweede onderscheidenlijk het derde lid, Bouwbesluit 2012. De strekking van deze bepaling is dat een dergelijke verklaring voldoende bewijs vormt dat bij een in die verklaring nadere gespecificeerde toepassing van een bouwproduct of bouwproces aan eisen bij of krachtens het Bouwbesluit 2012 waarop die verklaring is toegesneden wordt voldaan (art. 1.8, tweede lid en derde lid, Bouwbesluit 2012). Een ander voorbeeld biedt art. 3.14 Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer. In de paragrafen 1.1 en 2.2.4 zagen we dat in het eerste lid van dit artikel is bepaald dat een windturbine moet voldoen aan de veiligheidseisen opgenomen in bepaalde normdocumenten (NEN-EN-IEC 61400-2 en NVN 11400-0). Het tweede lid van dit artikel biedt een mooi voorbeeld van de erkenningsvariant. Het bepaalt dat aan de bedoelde normen is voldaan indien voor de windturbine een certificaat is afgegeven door een geaccrediteerde certificerende instantie waaruit blijkt dat de windturbine voldoet aan deze eisen.

Toelatingsvariant

In de toelatingsvariant komt aan de conformiteitsverklaring bewijskracht toe bij bestuurlijke besluitvorming, maar mag op basis van een dergelijke verklaring door het bevoegd gezag niet zonder meer worden aangenomen dat een object, proces of persoon aan de door de wetgever gestelde (inhoudelijke) eisen voldoet.⁹²

Een voorbeeld biedt het Warenwetbesluit liften. Ingevolge artikel 14 van dit besluit worden liften die zijn voorzien van de CE-markering en vergezeld gaan van 'de EG-verklaring van overeenstemming' vermoed te voldoen aan veiligheidseisen die zijn neergelegd in bijlage I van de Richtlijn liften (Richtlijn 95/16/EG).⁹³ De bedoelde EG-verklaring van overeenstemming wordt afgegeven door de fabrikant zelf en niet door een onafhankelijke instelling. De CE-markering mag echter ingevolge artikel 8, tweede lid, van het besluit alleen worden aangebracht als voor de lift conform het bepaalde in een (in dit artikellid genoemde) bijlage van de Richtlijn liften bepaalde verklaringen door aangemelde instanties zijn afgegeven. Die verklaringen moeten berusten op eigen onderzoek of op controle van een kwaliteitsborgingsysteem door deze instantie.⁹⁴

91 Kamerstukken II 2004/05, 29989, nr. 3, p. 13; Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8-9, 21-22; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 50-51.

92 Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8-9; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 52.

93 Richtlijn nr. 95/16/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1995 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende liften, PbEG 1995, L 213.

94 Erg eenvoudig is het niet geregeld. Er zijn meerdere smaken. Er is een goedkeurende verklaring van een aangemelde instantie verplicht die is gebaseerd op respectievelijk eigen onderzoek van een representatieve lift of op controle van kwaliteitsborging voor een representatieve lift door die instantie. Daarnaast moet een door de richtlijn beschreven procedure van eindcontrole of van het

Het bestuursorgaan dient zich er bij deze variant bij zijn besluitvorming van te vergewissen of de conformiteitsverklaring op een verantwoorde wijze tot stand is gekomen en geen kennelijke procedurele mankementen vertoont (art. 3:2 Awb).⁹⁵ De conformiteitsbeoordeling moet worden gecombineerd met eigen toezichtsactiviteiten onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan, om te bepalen of de wet is nageleefd.⁹⁶

Toezichtsondersteuningsvariant of indicatieve variant

In de derde variant heeft een conformiteitsverklaring volgens het bepaalde bij of krachtens de wet niet de status van een bindende uitspraak of de basis van een bewijsvermoeden, maar levert ze enkel een indicatie op dat een bedrijf zich bijzonder inzet om tegemoet te komen aan wettelijke regels.⁹⁷

Een voorbeeld is een uitzendbureau dat een SNA-keurmerk heeft op basis van een certificaat van een daartoe geaccrediteerde en door de Stichting Normering Arbeid (SNA) erkende inspectie-instelling. Aan dit certificaat zijn geen rechtsgevolgen voor de inlener van een uitzendbureau of het uitzendbureau verbonden. Een uitzendbureau en degene die personeel van een uitzendbureau inleent zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling door het uitzendbureau van de loonbelasting, de omzetbelasting, de premies volksverzekeringen- en werknemersverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage op grond van de Zorgverzekeringswet (art. 34 en 34a Invoeringswet 1990). Zowel degene die via een uitzendbureau een vreemdeling inhuurt als het uitzendbureau zelf kan een boete opgelegd krijgen als zij arbeid laten verrichten door een vreemdeling zonder geldige tewerkstellingsvergunning (art. 2 jo. art. 18 jo. art. 19d Wet arbeid vreemdelingen). Bij prioriteren van controleactiviteiten houden de Inspectie SZW en de Belastingdienst echter rekening met het feit dat een ingeschakeld uitzendbureau een certificaat van SNA heeft.⁹⁸

In deze variant kan de conformiteitsverklaring door een bestuursorgaan worden betrokken bij het vormgeven van de toezichtsstrategie, in het bijzonder bij het leggen van prioriteiten.⁹⁹ Daarom wordt gesproken van de toezichtsondersteuningsvariant. Bij een professionele bestuursrechtelijke handhaving worden op basis van risicoanalyses bij het uitoefenen van het toezicht keuzes gemaakt hoe

kwaliteitsborgingsstelsel bij bouw, installatie en keuring van de lift worden gevolgd, die door een aangemelde instantie is goedgekeurd. In plaats van deze tweetrapsraket kan ook worden gekozen voor een eenheidskeuring of kwaliteitsborgingsstelsel bij bouw en installatie van de lift, zoals de richtlijn dat voorschrijft, die door een aangemelde instantie moet zijn goedgekeurd. Art. 8, eerste en tweede lid, Warenwetbesluit liften verwijst voor de uit te voeren onderzoeken en controles naar bijlagen V, onder B, VI, X, XII, XIII, XIV van de liftenrichtlijn.

95 Eijlander 2008.

96 Evers 2004, p. 212.

97 Kamerstukken II 2004/05, 29989, nr. 3, p. 13; Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8, 20-21; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 55. Zie over deze variant ook: De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999, p. 91-92.

98 Zie hierover Van der Voort 2013; Van der Voort 2011.

99 Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8-9; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 55. Zie over deze variant ook De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999, p. 91-92.

frequent en op welke manier controles worden voorbereid en uitgevoerd.¹⁰⁰ Een risicoanalyse geeft inzicht in de kansen dat bepaalde overtredingen zullen plaatsvinden en in de ernst van de gevolgen van overtredingen. Informatie van conformiteitsbeoordelende instellingen kan worden benut bij de risicoanalyse. Er kan meer en intensiever toezicht worden gehouden op bedrijven die blijkens controles door conformiteitsbeoordelende instellingen slecht presteren en minder op die welke goed presteren. Afzien van controles door een toezichthouder is gerechtvaardigd als het bestuursorgaan is gebleken dat bedrijven die beschikken over een bepaalde conformiteitsverklaring inderdaad een beter nalevingsgedrag vertonen dan bedrijven bij wie dat niet het geval is.¹⁰¹

Mijn voorkeur zou het overigens hebben hier te spreken van de indicatieve variant in plaats van de toezichtsondersteuningsvariant, want ook bij de andere varianten ondersteunen de verklaringen het toezicht door een bestuursorgaan, zij het op andere wijze. 'Indicatieve variant' drukt meer expliciet het verschil uit in betekenis van de verklaring met die onder de erkenningsvariant of toelatingsvariant.

Marktordenings- of zelfreguleringsvariant

De vierde variant is de marktordeningsvariant of zelfreguleringsvariant. Hierin komt aan conformiteitsbeoordelingen rechtens geen betekenis toe in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen een particulier en bestuursorgaan. Ze zijn dan louter een instrument voor bedrijven of maatschappelijke organisaties om zich op de markt te onderscheiden, zoals het geval is bij bepaalde vrijwillige milieumerken.¹⁰² Aan deze variant besteed ik verder geen aandacht, omdat er geen relatie is met besluitvorming door een bestuursorgaan.¹⁰³

Verplichte en vrijwillige conformiteitsbeoordeling

Voor de duiding van een conformiteitbeoordeling is van groot belang of deze verplicht of vrijwillig plaatsvindt. Conformiteitsbeoordeling is vrijwillig als ze volgens de wet een van de mogelijkheden is om te laten zien dat aan wettelijke vereisten is voldaan. Bij verplichte conformiteitsbeoordeling kan slechts met een conformiteitsverklaring worden aangetoond dat aan het wettelijke vereiste is voldaan. De keuzes voor een van beide opties kan gemaakt worden onder de erkenningsvariant of toelatingsvariant.¹⁰⁴ In de

¹⁰⁰ Voor de handhaving in het omgevingsrecht is dit bijvoorbeeld expliciet neergelegd in art. 7.3 Besluit omgevingsrecht (Bor), dat berust op de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Zie over kwaliteitseisen voor handhaving onder de Wabo: Uylenburg 2011, p. 24-25; Neerhof, Van der Woerd & Van der Grijp 2009, p. 10-11.

¹⁰¹ Gabriël-Breukers 2008, p. 83; Eijlander 2008; Evers 2004, p. 213; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 34; Van Gestel 2008, p. 154-155.

¹⁰² Kamerstukken II 2004/05, 29989, nr. 3, p. 12-13; Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 9, 20; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 56-57.

¹⁰³ Als met een bepaalde conformiteitsverklaring wordt aangetoond dat een product bepaalde onderscheidende kenmerken heeft, maar met die kenmerken ook een publiek belang wordt gediend, kan het wel aantrekkelijk zijn dat het gebruik van de conformiteitsbeoordelingen door de overheid wordt ondersteund en gestimuleerd, bijvoorbeeld door subsidiëring. Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8-9. Zo kan bijvoorbeeld milieuvriendelijk gedrag worden bevorderd. Evers 2004, p. 212. Zie over subsidiëring ook par. 2.3.6 en 3.5.2.

¹⁰⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 21.

praktijk overheerst de verplichte conformiteitsbeoordeling in de erkenningsvariant.¹⁰⁵

Varianten en consequenties voor de toezichthouder

Met een conformiteitsverklaring staat onder de toelatings- en onder de indicatieve variant niet onomstotelijk vast dat een product, persoon of systeem aan bepaalde wettelijke eisen voldoet. Onder de toelatingsvariant en nog meer onder de indicatieve variant zullen het bevoegd gezag en de toezichthouder als bedoeld in artikel 5:11 Awb zich er goed rekenschap van moeten geven welke (test)werkzaamheden voor de conformiteitsverklaring zijn uitgevoerd. Dit vraagt om goede informatieverstrekking door conformiteitsbeoordelende instanties aan toezichthouders.¹⁰⁶

Ook als de bijzondere wet niet voorziet in een informatieplicht van de conformiteitsbeoordelende instelling jegens het bevoegd gezag of een toezichthouder, kan een toezichthouder onder deze varianten zeer waarschijnlijk medewerking van conformiteitsbeoordelende instellingen verlangen om de aldaar aanwezige gegevens over het voldoen aan wettelijke eisen te achterhalen en wel op grond van artikel 5:16 en artikel 5:17 Awb. Ingevolge artikel 5:20, eerste lid, Awb is eenieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.¹⁰⁷ Deze artikelen leggen op zich geen beperking op aan de kring van personen van wie inlichtingen of inzage in bescheiden of gegevens kunnen worden gevorderd.¹⁰⁸ Een bevoegdheid van een toezichthouder mag worden uitgeoefend jegens derden, voor zover die betrokken zijn bij activiteiten waarop moet worden toegezien. Aangenomen mag worden dat conformiteitsbeoordelende instellingen hieronder kunnen vallen. Een beperktere uitleg zou de bevoegdheid van een toezichthouder om de informatie te bemachtigen die hij redelijkerwijs voor de uitoefening van zijn taak nodig heeft, te zeer beperken.¹⁰⁹

Ingevolge artikel 5:20, tweede lid, Awb kunnen zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit. Conformiteitsbeoordelende instanties kunnen waarschijnlijk geen beroep doen op een verschoningsrecht als bedoeld in artikel 5:20, tweede lid, Awb.¹¹⁰

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 16; Van Erp, Peters & Verberk 2004, p. 244-245; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 5, 50.

¹⁰⁶ Vgl. Kamerstukken II 2014/15, 29304, nr. 5, p. 4.

¹⁰⁷ Het niet voldoen aan de medewerkingsplicht is te kwalificeren als het opzettelijk niet voldoen aan een ambtelijk bevel en derhalve als een strafbaar feit op grond van art. 184 Sr.

¹⁰⁸ In de bijzondere wet kan de kring van degenen bij wie inlichtingen kunnen worden gevorderd, nader worden beperkt. Rogier e.a. 2002, p. 52-53.

¹⁰⁹ PG Awb III, p. 321, 324, 338; Gabriël Breukers 2008, p. 72. Vgl. Hof 's-Gravenhage (kort geding) van 30 december 2004, AB 2006, 301, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

¹¹⁰ De reikwijdte van de bepaling blijkt niet duidelijk uit de wetgeschiedenis. Bij de redactie van de bepaling is aangesloten bij de formulering van wettelijke bepalingen van het verschoningsrecht en bij de redactie van art. 2:5 Awb. Het ligt dan ook voor de hand bij de erkenning van verschoningsrecht ex art. 5:20, tweede lid, Awb, aan te sluiten bij deze bepalingen. Het is daarom aannemelijk dat de volgende verschoningsgerechtigden onder de reikwijdte vallen: advocaten en procureurs, notarissen, artsen en geestelijken. Zie Gabriël Breukers 2008, p. 76-78 en de daarin opgenomen verwijzingen.

Uitoefening van de toezichtsbevoegdheden wordt begrensd door artikel 5:13 Awb. De toezichthouder mag van zijn bevoegdheden slechts gebruikmaken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Het evenredigheidsbeginsel brengt met zich dat de bevoegdheid niet onder alle omstandigheden jegens iedereen kan worden uitgeoefend. Dit betekent dat van de conformiteitsbeoordelende instelling in beginsel in ieder geval informatie kan worden gevorderd voor zover die niet door de onder toezicht gestelde zelf kan worden verstrekt.¹¹¹ Dat conformiteitsbeoordelende instanties op grond van hun overeenkomsten met cliënten in beginsel gehouden zijn tot geheimhouding van informatie over hun gedrag, en informatie die van individuele bedrijven is verkregen alleen mogen verstrekken op grond van een toestemming van het betrokken bedrijf, kan hieraan niet af doen.

Zeker als de erkennings- en toelatingsvariant wordt gehanteerd, zou (veel) meer dan nu het geval is, bij wet expliciet kunnen worden vastgelegd welke informatie door een beoordelende instelling – periodiek op eigen initiatief – aan het bevoegd gezag moet worden overgedragen.¹¹²

Artikel 6 EVRM kan er overigens aan in de weg staan dat door een conformiteitsbeoordelende instantie aan een toezichthouder verstrekte informatie ten grondslag wordt gelegd aan een bestraffende sanctie. Die beperking kan echter alleen opgaan voor zover het gaat om verklaringen die door een vermoedelijke overtreder zijn afgelegd en niet voor zover het gaat om informatie die los van de wil en bereidheid van de betrokkene om verklaringen af te leggen bestaat, zoals documenten.¹¹³ Ik kan hierop in het bestek van dit preadvies niet verder ingaan.

2.3.6 Conformiteitsbeoordeling en toepasselijkheid van Awb, Wob en WNO

De conformiteitsbeoordelingsinstanties zijn (vrijwel steeds) privaatrechtelijke rechtspersonen. Deze instanties of hun organen kunnen dus geen bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, aanhef en onder a, Awb zijn. Voor het antwoord op de vraag of bepalingen in de Awb op het handelen van de conformiteitsbeoordelingsinstanties van toepassing zijn, is het van belang of de betreffende instantie al dan niet te kwalificeren is als een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb ('b-orgaan'). Van openbaar gezag is sprake als aan de instantie één of meer overheidstaken zijn opgedragen én de daarvoor benodigde

¹¹¹ Van belang is dat de door het commissariaat gevraagde gegevens niet de financiële administratie van RTV West betroffen, maar bij de accountant rustende dossiers. Zie r.o. 6 in eerder genoemd arrest van het Hof 's-Gravenhage van 30 december 2004, AB 2006, 301. Zie ook Gabriël-Breukers 2008, p. 59-60, 76-80, 87, 322. Vgl. Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 53-54, 56; Eijlander 2008.

¹¹² Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p.19-22; Gabriël-Breukers 2008, p. 308; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 34, 38-41; Van Gestel 2008, p. 154-155; Eijlander 2008. Bij de toezichts- of indicatieve variant lijkt minder goed te passen dat bij wet randvoorwaarden worden geformuleerd en informatieplichten worden opgelegd.

¹¹³ Vgl. onder meer EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. G. Knigge, JB 1997, 80, BNB 1997, 254, m.nt. M. Feteris, NJCM-Bull. 1997, p. 298, m.nt. B.E.P. Myjer, RBA 1996-1997, 8, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt (Saunders), r.o. 69; EHRM 3 mei 2001, NJ 2003, 354, m.nt. T.M. Schalken, AB 2002, 343, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen & M.J.J.P. Luchtman (JB/Zwitserland), i.h.b. r.o. 25-27. Zie Freriks 2008, p. 187-188, 215-217.

publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.¹¹⁴ De belangrijkste manier waarop dit kan gebeuren is de toekenning van een publiekrechtelijke bevoegdheid bij of krachtens de wet in formele zin.¹¹⁵ De twee andere manieren waarop een instantie volgens de jurisprudentie met openbaar gezag kan worden bekleed missen relevantie in de context van conformiteitsbeoordeling. Ik bespreek ze hier daarom niet.¹¹⁶ Voor zover een private instelling aan conformiteitsbeoordeling doet, kan zij alleen als b-orgaan worden gekwalificeerd als haar expliciet bij wettelijk voorschrift een publiekrechtelijke bevoegdheid is toegekend. Daarvoor is vereist dat de bevoegdheid tot de conformiteitsbeoordeling, gelet op de wet, exclusief is en met de conformiteitsverklaring eenzijdig bindend de rechtspositie van één of meer andere rechtssubjecten wordt vastgesteld.

Conformiteitsbeoordelende instanties oefenen krachtens wettelijk voorschrift openbaar gezag uit als hun verklaring wettelijk verplicht is om aan te tonen dat een product, dienst, persoon of systeem aan bepaalde wettelijke eisen voldoet, de verklaring zelfstandig op dit rechtsgevolg is gericht en zij op grond van de wet zijn aangewezen als instantie om die verklaring af te geven. Van belang is dat de verklaring van de aangewezen instantie de enige manier is om aan te tonen dat aan de wettelijke verplichting is voldaan.¹¹⁷

Zo zijn de instellingen die op basis van de Warenwet of Arbeidsomstandighedenwet zijn aangewezen als instanties die bepaalde wettelijk verplichte certificaten kunnen afgeven, voor zover het deze taak betreft, zonder meer bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb.

Als een conformiteitsverklaring niet verplicht is om aan te tonen dat aan bepaalde wettelijke eisen wordt voldaan (bijvoorbeeld vereist om een product op de markt te mogen brengen), maar er door de wet wel rechtsgevolgen aan worden verbonden, is de vraag of de conformiteitsbeoordelende instantie als b-orgaan moet worden gekwalificeerd, lastiger te beantwoorden. Jurisprudentie biedt geen volledig uitsluitsel. De vraag komt waarschijnlijk voor bevestigende beantwoording in aanmerking als een instantie op grond van de wet door een bevoegd orgaan

¹¹⁴ Zie PG Awb I, p. 133. Zie onder vele uitspraken: Cbb 31 maart 2009, AB 2009, 257, m.nt. N. Jak & E. Steyger (Koninklijke Vereniging 'Het Friesch Paarden-Stamboek'); ABRvS 26 oktober 2005, AB 2006, 21, m.nt. H. Peters (DNB); ABRvS 3 mei 2006, AB 2006, 231, m.nt. H. Peters.

¹¹⁵ Zie over de manieren waarop openbaar gezag kan worden verkregen onder meer: Zijlstra 2008, p. 15-23; een meer recente uitspraak: ABRvS 17 september 2014, AB 2015, 129, m.nt. H. Peters, JB 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio).

¹¹⁶ Omdat bij conformiteitsbeoordeling geen sprake kan zijn van het verstrekken van op geld waardeerbare voorzieningen, kan zich geen 'Silicose'-constructie voordoen. Dat verder denkbaar is dat een conformiteitsbeoordelingsinstantie jegens degenen die bij haar zijn aangesteld als bestuursorgaan handelt, is een kwestie die hier verder niet relevant is.

¹¹⁷ Cbb 31 maart 2009, AB 2009, 257, m.nt. N. Jak & E. Steyger (Koninklijke Vereniging 'Het Friesch Paarden-Stamboek'), r.o. 5.4.1. Vgl. Cbb 9 februari 2005, AB 2005, 305, m.nt. H. Peters (Beroepscommissie Stichting Informatiedienstencode). Vgl. De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999, p. 90, 93-94. In het kabinetsstandpunt 'Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid' wordt aangenomen dat de beoordelende instantie bij verplichte conformiteitsbeoordeling een bestuursorgaan is. Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 16. Zie ook reeds: Kamerstukken II 1994/95, 21670, nrs. 7-8 (nota Normen, Certificaten en Open Grenzen), p. 28.

moet zijn aangewezen om de conformiteitsverklaring af te geven, deze verklaring geacht kan worden zelfstandig op het rechtsgevolg te zijn gericht dat vaststaat dat aan een bepaalde wettelijke eis is voldaan én er feitelijk geen alternatieven voor de conformiteitsbeoordeling zijn om aan te tonen dat aan een wettelijke eis wordt voldaan.

In andere gevallen kan het vrijwillige karakter van de conformiteitsbeoordeling en/of het ontbreken van een exclusief karakter van de bevoegdheid en/of het niet zelfstandig gericht zijn op het rechtsgevolg, tot een andere uitkomst leiden.

De erkende kwaliteitsverklaringen als bedoeld in artikel 1.8, tweede en derde lid, Bouwbesluit waarover het hierboven (par. 2.3.5) ging, dienen door het bevoegde gezag bij vergunningaanvragen en bij het uitoefenen van toezicht, gelet op het bepaalde in artikel 1.8, tweede en derde lid, Bouwbesluit 2012, te worden geaccepteerd als onderbouwing dat aan bepaalde eisen van het Bouwbesluit 2012 wordt voldaan. Zij hebben een vrijwillig karakter en zijn niet vereist om een vergunning te krijgen of om aan te tonen dat aan wettelijke voorschriften wordt voldaan. Bovendien worden de instanties die de verklaringen afgeven niet door een bestuursorgaan aangewezen. Zij zullen daarom, naar valt aan te nemen, niet zijn te kwalificeren als bestuursorgaan.

Nog lastiger wordt het als een conformiteitsverklaring wel wettelijk verplicht is, maar hooguit een bewijsvermoeden oplevert dat aan een bepaalde wettelijke eis is voldoen. De conformiteitsbeoordelende instantie is dan waarschijnlijk geen bestuursorgaan, omdat met de verklaring niet vaststaat dat aan een wettelijk eis wordt voldaan. Een contra-indicatie kan ook zijn dat de wet weliswaar een bewijsvoordeel aan de verklaring verbindt, maar de verklaring niet geacht kan worden zelfstandig op dit rechtsgevolg te zijn gericht. Een indicatie dat toch sprake is van een bestuursorgaan kan zijn dat de instantie op grond van de wet moet zijn aangewezen om de verklaring te kunnen afgeven, want daarmee heeft de instantie een exclusieve bevoegdheid.¹¹⁸

¹¹⁸ Relevant voor de beantwoording van de vraag of een conformiteitsbeoordelende instantie als bestuursorgaan kwalificeert, zijn onder meer (ik zal ben dus zeker niet volledig): Evers 2002, p. 154, 203; Jak 2014, p. 63-65; Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 16; ARRvS 9 april 1992, AB 1992, 534 (Raad voor de Casinospelen); CBb 10 januari 1996, AB 1996, 258, m.nt. JHvdV, JB 1996/52; ABRvS 8 augustus 2001, AB 2002, 51, m.nt. SZ, JB 2001/216 (gerechtsdeurwaarder geen bestuursorgaan); ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 114, m.nt. N. Verheij, JB 2003/14, m.nt. H. Peters (Stichting Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerdijk); ABRvS 6 november 2002, JB 2003/6; ABRvS 26 november 2003, AB 2004, 227, m.nt. H. Peters (ID-Lelystad BV); Vz. ABRvS 29 januari 2004, AB 2004, 221, m.nt. A.B. Blomberg, Gst. (2004) 7210, 113, m.nt. A.M.M.M. Bots, JB 2004/160, m.nt. L.J.M. Timmermans (Railned BV); ABRvS 20 april 2005, JB 2005/169, m.nt. H. Peters; ABRvS 18 mei 2005, AB 2006, 34, m.nt. B.P. Vermeulen (ongeldigverklaring tentamen door examencommissie van bijzondere hogeschool is geen besluit); ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 227, m.nt. Peters; ABRvS 19 juli 2006, AB 2007, 41, m.nt. B.P. Vermeulen, JB 2006, 257, m.nt. H. Peters (Hogeschool Zuyd). Vgl. HR 28 februari 1997, AB 1997, 314, m.nt. ThGD, JB 1997/82, m.nt. M. Lugt & R. de Lange (SKV/Buijs); HR 10 december 1999, JB 2000/20, m.nt. F.A.M. S. (SKV/Van den Brink); HR 20 december 2002, AB 2003, 344, m.nt. FvO, JB 2003/32, m.nt. H. Peters, i.h.b. r.o. 3.4.2 (Van der Walle/ SKV). Zie over een privaatrechtelijke rechtspersoon als 'verlengde arm' van een overheidslichaam en het aspect van vrijwilligheid van aansluiting bij deze rechtspersoon: Freriks 2008, p.195-204 en daarin opgenomen jurisprudentieverwijzingen. Vgl. over de notaris als bestuursorgaan: Zijlstra 2001, p. 101-113. Vgl. over de verificateur aan wie ingevolge art. 16.14 (oud) Wm

Schriftelijke beslissingen van een conformiteitsbeoordelingsinstantie die zijn te kwalificeren als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, onder b, Awb tot verlening, weigering, beperking, intrekking of schorsing van een conformiteitsverklaring zijn besluiten als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb en beschikkingen als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, Awb. Daartegen staat bezwaar open bij de conformiteitsbeoordelingsinstantie (art. 8:1 jo. art. 7:1 Awb), vervolgens beroep bij de rechtbank (art. 8:1 e.v. Awb) en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 8:104 jo. art. 8:105 Awb). Dit zou anders liggen als een uitzondering op deze hoofdregels wordt gemaakt (op beroep bij de rechtbank in art. 8:5 Awb jo. art. 1 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak; voor hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak in art. 8:105, eerste lid, Awb jo. hoofdstuk 4 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak). Dergelijke uitzonderingen zijn echter ten aanzien van conformiteitsbeoordeling niet gemaakt.

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie als bestuursorgaan kwalificeert, valt zij onder de competentie van de Nationale ombudsman en is de Wob van toepassing, tenzij voor die instantie bij algemene maatregel van bestuur anders is bepaald (art. 1a, aanhef en onder e, WNo jo. art. 9:18 Awb; art. 1a, eerste lid, aanhef en onder d, Wob). In het Besluit bestuursorganen WNo en Wob, dat berust op artikel 1a, eerste lid, aanhef en onder e, WNo, en artikel 1a, eerste lid, aanhef en onder d, Wob, zijn geen conformiteitsbeoordelende instanties uitgezonderd. Dit betekent dat als zij als bestuursorgaan zijn te kwalificeren, zij vallen onder de competentie van de Nationale ombudsman en onder de voorschriften van de Wob. De regeling voor klachtbehandeling van afdeling 9.1 Awb en de klachtbehandeling door de ombudsman van afdeling 9.2 Awb zijn van toepassing.

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie *geen* bestuursorgaan is, resteert de vraag of ze wellicht een instelling, dienst of bedrijf is die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam is als bedoeld in artikel 3, eerste lid, Wob. Als het antwoord bevestigend is, dan is de *passieve* openbaarheidsverplichting van de Wob ingevolge dit artikel van toepassing en kan een verzoek om bepaalde informatie worden gericht aan het verantwoordelijke bestuursorgaan of de conformiteitsbeoordelingsinstantie. Dit is een verplichting tot openbaarmaking naar aanleiding van een verzoek (zie hierover verder par. 3.3.3).

Volgens de wetsgeschiedenis wil 'onder verantwoordelijkheid van' in artikel 3, eerste lid, Wob zeggen dat de instellingen, diensten en bedrijven zich bij hun werkzaamheden moeten richten naar de opdrachten van het bestuursorgaan. De bevoegdheid tot het geven van opdrachten is immers de voorwaarde voor het kunnen dragen van de verantwoordelijkheid.¹¹⁹ Dit kan blijken uit een publiek-rechtelijke of privaatrechtelijke regeling (in het bijzonder statuten).¹²⁰ Het betreffende orgaan zou, op basis van tot stand gekomen regelgeving, het 'beleid' van de private instelling moeten kunnen bepalen.¹²¹ Hoe ver de bevoegdheden moeten gaan, was iets minder duidelijk. De jurisprudentie laat een wisselend beeld zien:

een zogenoemd emissiejaarverslag ter validering moet worden voorgelegd als bestuursorgaan: Van Angeren 2006, p.157-158.

119 Kamerstukken II 1986/87, 19859, nr. 3, p. 23.

120 Kamerstukken II 1986/87, 19859, nr. 3, p. 24.

121 Kamerstukken II 1988/89, 19859, nr. 9, p. 9.

dan weer werd uitgegaan van een ruime uitleg, dan weer van een meer beperkte die meer lijkt aan te sluiten bij de wetsgeschiedenis.¹²² De huidige benadering van de Afdeling is dat bepalend is in welke mate een bestuursorgaan opdrachten of aanwijzingen kan geven aan de instelling, dienst of het bedrijf en/of in hoeverre de instelling, dienst of het bedrijf zich dient te richten naar de opdrachten of aanwijzingen van het bestuursorgaan. Dit kan worden afgeleid uit bijvoorbeeld de statuten van de instelling, dienst of het bedrijf of een door het bestuursorgaan en de instelling, dienst of het bedrijf gesloten overeenkomst. Er moet sprake zijn van *directe zeggenschap over de uitvoering van werkzaamheden*.¹²³

Een enkele bevoegdheid van een minister om een conformiteitsbeoordelende instantie aan te wijzen die een bepaalde beoordeling mag doen (zie hierover par. 2.3.8) is niet voldoende om aan te nemen dat deze instantie onder verantwoordelijkheid van de minister valt, ook niet als voorschriften aan die aanwijzing verbonden kunnen worden.

Als een minister statutair bevoegdheden zou hebben met betrekking tot de financiën van een conformiteitsbeoordelende instantie, zoals goedkeuring van de begroting én de instelling deels financieel afhankelijk is van dat orgaan wegens subsidieverlening door dat bestuursorgaan (of als sprake is van gebonden financiering), dan zal ook dat op zich onvoldoende zijn om werkzaamheid onder zijn verantwoordelijkheid aan te nemen. Daarbij zij opgemerkt dat conformiteitsbeoordeling een economische activiteit van commerciële aard is, waarbij doorgaans überhaupt geen sprake zal zijn van directe overheidsfinanciering. In het kabinetsstandpunt 'Certificering en accreditatie in het kader van overheidsbeleid' (2003) wordt dan ook hooguit stimulering van certificatie met een publiek karakter door middel van overheidsvoorlichting of door tijdelijke subsidiëring van de ontwikkeling van een certificatieregeling als optie genoemd.¹²⁴

Van werkzaamheid onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan zal evenmin sprake zijn als dit bestuursorgaan op grond van statuten leden van bestuur en/of raad van toezicht van een conformiteitsbeoordelende instelling zou kunnen benoemen.¹²⁵ Als het voorkomt, dan zal dat in de Nederlandse praktijk waarschijnlijk eerder aan de orde zijn bij conformiteitsbeoordeling die wettelijk is geregeld en de instantie een bestuursorgaan is (en dan komen wij aan

122 Jak 2014, p. 128-131. Zie voor de 'ruime benadering' van 2011 tot mei 2014: ABRvS 16 november 2011, AB 2012, 60, m.nt. N. Jak, JB 2012/23, m.nt. G. Overkleef-Verburg (Centraal Veterinair Instituut); De Voogd & De Greef 2012, p. 241-242. Vgl. ABRvS 12 oktober 2011, JB 2011/270, m.nt. Sillen (Dienst Koninklijk Huis). Hiermee leek de Afdeling terug te zijn gekeerd naar de oude jurisprudentielijn, zoals die zichtbaar was in ARvS 11 februari 1991, AB 1991, 558 (Stichting Fonds voor de Letteren).

123 ABRvS 14 mei 2014, JB 2014/138, m.nt. G. Overkleef-Verburg (ProRail). De vraag of met deze benadering Richtlijn 2003/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot intrekking van Richtlijn 90/313/EEG van de Raad, PbEG 2003, L 41/26 (Aarhusrichtlijn) correct wordt geïmplementeerd, laat ik rusten.

124 Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 19.

125 Dit geldt a fortiori ook als hij leden in het bestuur van de beheerder van een beoordelingsrichtlijn (schemabeheerder) zou kunnen benoemen of vertegenwoordigd is in een college van deskundigen dat de beoordelingsrichtlijnen vaststelt. Ook met betrekking tot een benoemingsrecht is het overigens de vraag of dit in Nederland überhaupt voorkomt.

de vraag naar werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan als bedoeld in art. 3, eerste lid, Wob niet meer toe, want de Wob is dan in beginsel van toepassing). Bij conformiteitsbeoordeling lijkt directe zeggenschap van een politiek verantwoordelijk bestuursorgaan in ieder geval niet goed te passen (zie ook par. 3.5.2).¹²⁶ Het voorgaande betekent dat kwalificatie van een conformiteitsbeoordelende instantie als een instelling, dienst of bedrijf die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam is als bedoeld in artikel 3, eerste lid, Wob waarschijnlijk in beginsel niet in beeld zal komen.

2.3.7 Conformiteitsinstanties als zbo's en de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie een bestuursorgaan is ex artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb, is de vervolgvraag of zij tevens een zelfstandig bestuursorgaan is. Het zijn van zelfstandig bestuursorgaan heeft consequenties voor bevoegdheden van de minister die het aangaat jegens deze instantie en voor de verplichtingen waaraan deze instantie jegens die minister moet voldoen.

Een bestuursorgaan is zelfstandig als het politiek verantwoordelijke orgaan (bij de centrale overheid is dat de minister) niet de bevoegdheid heeft aanwijzingen in individuele gevallen (bijzondere aanwijzingen) aan het bestuursorgaan te geven. Een bevoegdheid om zowel algemene als bijzondere aanwijzingen te geven kan voortvloeien uit ambtelijk-hiërarchische ondergeschiktheid, een mandaatverhouding of een bijzondere wet.¹²⁷ Een conformiteitsbeoordelende instantie, met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid (veelal een stichting of vennootschap), die zelf openbaar gezag uitoefent, is niet ambtelijk ondergeschikt aan een politiek verantwoordelijk orgaan en handelt niet krachtens een mandaat. Een bijzondere wet zou een politiek verantwoordelijk orgaan kunnen uitrusten met een bevoegdheid om de conformiteitsbeoordelende instantie algemene én bijzondere aanwijzingen te geven. Conformiteitsbeoordelingsinstanties worden echter aangewezen om bepaalde verplichte conformiteitsbeoordelingen waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden te verrichten, op basis van hun onafhankelijkheid, onpartijdigheid en technische bekwaamheid. Daarbij ligt directe politieke betrokkenheid door middel van het geven van bijzondere aanwijzingen in ieder geval minder voor de hand en een status van zelfstandig bestuursorgaan juist meer voor de hand.¹²⁸

Dit laat uiteraard onverlet dat wel kan zijn voorzien in een bevoegdheid van een minister om voorschriften te verbinden aan een aanwijzing van een

¹²⁶ Problematisch lijkt dat burgers thans niet goed kunnen weten of zij op grond van de Wob een recht op milieu-informatie hebben tegenover conformiteitsbeoordelingsinstanties. Zie ook Vogelzang-Stoute, Van der Grijp, Van der Flier & Priems 2009, p. 35-39.

¹²⁷ Zijlstra 2009, nr. 73.

¹²⁸ Behoeftte aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid wordt in art. 3, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen genoemd als motief waarom een zelfstandig bestuursorgaan kan worden ingesteld. Het huidige kabinet heeft geen voornemens om voorstellen te doen tot wijziging van de Kaderwet op dit punt. Zie Kamerstukken II 2013/14, 25268, nr. 83 (kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's), p. 2; Kamerstukken II 2013/14, 25268, nr. 86 (Lijst van vragen en antwoorden), p. 2-3; Zijlstra 2014, p. 280-281.

conformiteitsbeoordelende instantie als instantie die een bepaalde conformiteitsbeoordeling mag verrichten (zie bijvoorbeeld art. 20, vierde lid, Arbowet en art. 7a, vierde lid, Warenwet). Deze voorschriften zullen echter een algemene strekking (moeten) hebben.

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie aan de definitie van zelfstandig bestuursorgaan voldoet, is de vervolgvraag of de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen van toepassing is. Met deze wet is beoogd harmonisatie tot stand te brengen en het primaat van de politiek te herstellen.¹²⁹ Toepasselijkheid van deze wet brengt met zich dat de minister 'die het aangaat' weliswaar geen individuele aanwijzingen kan geven, maar in het belang van het primaat van de politiek bepaalde bevoegdheden heeft tot sturing en toezicht. Artikel 1, aanhef en onder a, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bepaalt dat in deze wet onder een zelfstandig bestuursorgaan wordt verstaan een orgaan van de centrale overheid dat bij wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed en niet ondergeschikt is aan een minister.¹³⁰ Een private instelling die krachtens een wettelijke regeling op het niveau van de centrale overheid is aangewezen om bepaalde conformiteitsbeoordelingen te verrichten, terwijl haar verklaringen verplicht zijn om een bepaalde activiteit te mogen uitvoeren, voldoet aan deze definitie. Zij is met openbaar gezag bekleed en niet ambtelijk-hiërarchisch of anderszins ondergeschikt aan een minister.¹³¹

Bijvoorbeeld de certificerende instellingen die zijn aangewezen onder amvb's op grond van de Warenwet en onder het Arbeidsomstandighedenbesluit (een amvb op grond van de Arbeidsomstandighedenwet) zijn bestuursorganen, die bovendien voldoen aan de definitie van artikel 1, aanhef en onder a, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.¹³²

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie aan de definitie van zelfstandig bestuursorgaan van de Kaderwet voldoet, valt zij niet zonder meer onder het regime van deze wet. Artikel 2, tweede lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bepaalt dat deze wet op zelfstandige bestuursorganen die vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet zijn ingesteld, van toepassing is indien dit in de in artikel 1, onder a, bedoelde wet, algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling is bepaald. De wet is op 1 februari 2007 in werking getreden.¹³³

Zo was op de certificerende instellingen die op het moment van inwerkingtreding van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen onder de Warenwet en de Arbeidsomstandighedenwet waren aangewezen het regime van de Kaderwet niet van toepassing, nu

¹²⁹ Kamerstukken II 1993/94, 21427, nr. 73, p. 1; Kamerstukken II 2000/01, 27426, nr. 3, p. 2-3.

¹³⁰ Vgl. Zijlstra 2009, p. 68-69. Deze definitie wijkt af van de gangbare definitie van zelfstandig bestuursorgaan zoals die hierboven werd gegeven.

¹³¹ Kamerstukken II 2000/01, 27426, nr. 3, p. 8.

¹³² Kamerstukken II 1997/98, 25883, nr. 3, p. 2.

¹³³ Zie hierover Zijlstra 2009, nr. 205.

zij niet waren aangewezen ingevolge artikel 2, tweede lid, van de Kaderwet.¹³⁴ Hiervoor had de minister in een eerder stadium verschillende argumenten gegeven. Het gaat om private instanties die grotendeels werken in een private markt waarbij slechts voor een kleiner deel van de activiteiten sprake is van een publieke taak en welke niet worden gefinancierd uit de Rijksbegroting. Zij verlenen een dienst, waarvoor de ontvanger van de dienst rechtstreeks betaalt. Meerdere instanties worden aangewezen voor dezelfde werkzaamheden. Zij opereren in concurrentie of ondergaan de dreiging van potentiële concurrentie doordat de aanwijzing open staat voor elke instelling die zich kwalificeert.¹³⁵

Conformiteitsbeoordelende instellingen die na 1 februari 2007 bij wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag bekleed zijn, vallen onder de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, tenzij de toepasselijkheid bij wet in formele zin is uitgezonderd.

Zo zouden certificerende instellingen die na 1 februari 2007 onder het ‘nieuwe certificatiestelsel’ van de Warenwet of de Arbeidsomstandighedenwet voor het eerst of opnieuw zijn aangewezen in beginsel onder het regime vallen.¹³⁶ Voor instellingen aangewezen onder de Arbeidsomstandighedenwet is echter een uitzondering gemaakt. Artikel 20, tweede lid, tweede volzin, Arbeidsomstandighedenwet, bepaalt dat de Kaderwet niet van toepassing is op deze instellingen. De wetgever heeft deze instellingen niet willen belasten met het regime dat de Kaderwet aan privaatrechtelijke zbo’s oplegt. De argumenten zijn dezelfde als die de minister eerder had om de instellingen niet aan te wijzen ingevolge artikel 2, tweede lid, van de Kaderwet (zie hierboven).¹³⁷ Voor instellingen die onder de Warenwet worden aangewezen is deze uitzondering niet bij wet gemaakt.¹³⁸ Niet alleen de certificerende instellingen die zijn aangewezen onder de Arbeidsomstandighedenwet, maar ook die onder de Warenwet zijn niet vermeld in het zogenoemde ZBO-register. Dit register heeft echter slechts een informatieve functie; aan al dan niet plaatsing hierin zijn geen rechtsgevolgen verbonden.¹³⁹ Het niet maken van een uitzondering op toepasselijkheid van de Kaderwet

¹³⁴ Zie onder meer: Kamerstukken II 2011/12, 33015, nr. 3, p. 6.

¹³⁵ Kamerstukken II 2007/08, 25268, nr. 57, p. 15. Zie ook onder meer: Begeleidingsteam Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen, Zbo’s binnen kaders, 2007, p. 34-36, gepubliceerd als bijlage bij Kamerstukken II 2007/08, 25268, nr. 46.

¹³⁶ Zie voor de (her)beoordelingen en hernieuwde aanwijzing art. X Besluit van 7 september 2009 tot wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit en enige Warenwetbesluiten in verband met de herziening van het stelsel van certificatie. Zie over het nieuwe certificatiestelsel: Stb. 2009, 395. Dit nieuwe certificatiestelsel komt aan de orde in par. 2.3.8.

¹³⁷ Zie Kamerstukken II 2011/12, 33015, nr. 2 en nr. 3, p. 6. Zie ook: Verslag evaluatie Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, p. 23. Het rapport is door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 17 januari 2012 (Kamerstukken II, 2011/12, 33147, nr. 1).

¹³⁸ Dit houdt mogelijk verband met het feit dat niet alleen private instanties, maar ook onderdelen van de Rijksoverheid als de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) met uitvoering van werkzaamheden onder de Warenwet zijn belast.

¹³⁹ Zie <http://almanak.zboregister.overheid.nl>.

in de Warenwet is een omissie als inderdaad geen toepasselijkheid van de Kaderwet op onder deze wet aangewezen certificerende instellingen is beoogd.

Als de Kaderwet van toepassing is, heeft dat enkele verstrekkende consequenties. Deze hangen samen met het belang dat is gehecht aan herstel van het primaat van de politiek bij zbo's. Zo heeft de minister die het aangaat de bevoegdheid beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de taakuitoefening door de instantie (art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). De conformiteitsbeoordelende instantie dient deze beleidsregels in beginsel na te volgen bij zijn taakuitoefening (art. 4:84 Awb). De minister die het aangaat, is bevoegd tot het vernietigen van besluiten van het bestuur van de instantie die in strijd zijn met het recht of het algemeen belang (art. 22, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen jo. art. 10:34 Awb) en tot het treffen van noodzakelijke voorzieningen als de instantie naar zijn oordeel haar taak ernstig verwaarloost (art. 23 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).¹⁴⁰ Ook zijn er enkele verplichtingen van de instantie jegens de betrokken minister, zoals de verplichting desgevraagd aan hem alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen te verschaffen (art. 20, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). Er dient jaarlijks voor 15 maart een verslag van de taakuitvoering en het gevoerde beleid te worden opgesteld, dat wordt verzonden naar de betrokken minister en beide kamers der Staten-Generaal (art. 18 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).¹⁴¹

Regels over begroting, beheer en verantwoording als bedoeld in art. 26 tot en met 35 Kaderwet (waaronder goedkeuring van begroting en rekening door de minister die het aangaat) zijn ingevolge art. 37 Kaderwet van toepassing op privaatrechtelijk zbo's die *alleen* bij of krachtens de wet opgedragen werkzaamheden uitvoeren. Voor deze zbo's gelden deze de regels echter niet, als zij de hun bij of krachtens de wet opgedragen taken en daaruit onmiddellijk voortvloeiende werkzaamheden uitvoeren naast andere activiteiten, hetgeen bij private conformiteitsbeoordelende instanties vaak het geval zal zijn. Zij dienen echter wel een afzonderlijke boekhouding bij te houden ter zake van die taken en werkzaamheden en in hun jaarrekening die taken en werkzaamheden afzonderlijk te verantwoorden (art. 38 Kaderwet).

2.3.8 De bevoegdheid van een aanwijzende of aanmeldende instelling

Eisen waaraan conformiteitsbeoordelingen dienen te voldoen, zijn vaak neergelegd in internationale standaarden. Die zijn in de praktijk echter niet zelden vaag en onvoldoende kenbaar.¹⁴² Bij een meer directe relatie tussen conformiteitsbeoordeling en bestuurlijke besluitvorming (in ieder geval bij de erkenningsvariant met verplichte conformiteitsbeoordeling) past dat de instellingen die de beoordeling mogen uitvoeren door een politiek verantwoordelijk bestuursorgaan

¹⁴⁰ De bevoegdheden tot vernietiging en tot ingrijpen bij taakverwaarlozing zijn, zoals reeds vermeld, bedoeld als ultimum remedium. Kamerstukken II 2000/01, 27426, nr. 3, p. 27-28.

¹⁴¹ Zie over de bevoegdheden en verplichtingen Zijlstra 2009, nr. 204.

¹⁴² Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 38-39.

– de meest betrokken minister – worden aangewezen. Zo wordt directe politieke verantwoordelijkheid genomen voor de inschakeling van beoordelende instellingen op een beleidsterrein. De wetgever kan dan criteria formuleren waaraan de beoordelende instelling dient te voldoen.¹⁴³

Bij de beslissing welke instantie een bepaalde conformiteitsbeoordeling mag uitvoeren heeft de Europese Commissie een belangrijke rol wanneer deze conformiteitsbeoordeling als instrument wordt ingezet ter uitvoering van een EU-richtlijn of EU-verordening. De betrokken EU-verordening of nationale wetgeving ter implementatie van een richtlijn worden echter (mede) uitgevoerd door de lidstaten, zodat ook nationale bestuursorganen in het Unierecht een rol hebben bij de beslissing welke instantie een bepaalde conformiteitsbeoordeling mag uitvoeren.

Ook kan aanwijzing van een conformiteitsbeoordelende instantie louter een nationale kwestie zijn. In nationale wetgeving (niet strekkende tot uitvoering van Unierecht) kan de aanwijzing van instanties die een bepaalde conformiteitsbeoordeling mogen uitvoeren nader zijn geregeld en kan een bestuursorgaan – vaak een minister – met de bevoegdheid worden bekleed de instanties aan te wijzen.

Een en ander wordt hieronder uitgewerkt, aan de hand van voorbeelden. Ik heb geen systematisch onderzoek verricht naar alle regelingen waarin conformiteitsbeoordeling als instrument wordt ingezet.

Aanmelding van instanties onder Europese regelgeving

De Nieuwe Aanpak is, zoals gezegd (par. 1.1), een methode van regelgeving van de Europese Unie waarbij conformiteitsbeoordeling een grote rol kan spelen.¹⁴⁴ Dit vraagt om betrokkenheid van de Europese Unie bij de aanwijzing van instanties die de conformiteitsbeoordeling mogen uitvoeren, ook al is de verdere uitvoering van de regelgeving vooral een verantwoordelijkheid van de lidstaten. Om (willekeurige) voorbeelden te noemen: de eisen waaraan conformiteitsbeoordelingen van liften, speeltoestellen of bouwproducten moeten voldoen zijn in Europese regelgeving geregeld, inclusief de procedure voor aanwijzing van de instanties die de conformiteitsbeoordeling mogen uitvoeren en de eisen waaraan zij moeten voldoen.

Voor terreinen waarop de Europese Unie private instellingen een grote rol toekent bij het vaststellen of producten aan bepaalde eisen voldoen, geldt een algemener juridisch kader.¹⁴⁵

Als conformiteitsbeoordeling in een verordening of richtlijn wordt voorgeschreven, kan daarin worden bepaald dat deze beoordeling wordt uitgevoerd door aangemelde instanties.¹⁴⁶ In Besluit 768/2008 zijn de eisen neergelegd

¹⁴³ Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 41-43; Evers 2004, p. 214; Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 3, p. 15, 21-22.

¹⁴⁴ Heldeweg 2014, p. 491-492; Europese Commissie, *De voltooiing van de interne markt*, COM (1985)310 def, punt 68.

¹⁴⁵ Resolutie van de Raad van 10 november 2003 over de mededeling van de Europese Commissie, 'Verbetering van de tenuitvoerlegging van de nieuwe-aanpakrichtlijnen', PbEU 2003, C 282/02.

¹⁴⁶ Art. 6 Besluit nr. 768/2008/EG van het Europees parlement en de Raad van 9 juli 2008 betreffende een gemeenschappelijk kader voor het verhandelen van producten en tot intrekking van Besluit 93/465/EEG van de Raad, PbEU 2008, L 218/82.

waaraan conformiteitsbeoordelingsinstanties dan moeten voldoen om bij de Commissie te kunnen worden aangemeld als instantie die bekwaam is om de desbetreffende conformiteitsbeoordelingsprocedures uit te voeren en regels opgenomen betreffende de aanmeldingsprocedure.

Hoofdstuk R14 van bijlage I bij dit Besluit (Referentiebepalingen voor communautaire harmonisatiewetgeving voor producten) geeft regels over de aanwijzing van de instanties. Artikel R13 van deze bijlage bepaalt dat instanties die bevoegd zijn om conformiteitsbeoordelingstaken van derden uit hoofde van dit besluit te verrichten, door de lidstaten bij de Commissie en de andere lidstaten worden aangemeld.

Ingevolge artikel R14, eerste lid, van deze bijlage wijzen de lidstaten een aanmeldende autoriteit aan die verantwoordelijk is voor de instelling en uitvoering van de nodige procedures voor de beoordeling en aanmelding van conformiteitsbeoordelingsinstanties en het toezicht op de aangemelde instanties. Artikel R14, tweede lid, bepaalt dat de lidstaten deze beoordeling en dit toezicht overeenkomstig de Verordening inzake markttoezicht en accreditatie (765/2008) kunnen laten uitvoeren door een nationale accreditatie-instantie, zoals gedefinieerd in die verordening. Artikel R15 stelt eisen aan aanmeldende instanties die verband houden met objectiviteit, onpartijdigheid en het voorkomen van belangenverstrengeling.

De eisen waaraan aangemelde instanties ofwel 'notified bodies' (dus de conformiteitsbeoordelende instanties) moeten voldoen zijn neergelegd in artikel R17: opgericht naar nationaal recht, rechtspersoonlijkheid, onafhankelijkheid van door haar beoordeelde organisaties of producten, beroepsintegriteit, technische bekwaamheid, transparantie en reproduceerbaarheid van procedures, vertrouwelijkheid en verzekering tegen aansprakelijkheid. Een accreditatiecertificaat is in de praktijk een belangrijk bewijsmiddel om aan te tonen dat aan eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en technische bekwaamheid wordt voldaan.

De artikelen R22-R26 regelen de aanmeldingsprocedure en de mogelijkheid tot beperking, opschorting van intrekking van de aanmelding door de aanmeldende autoriteit, al dan niet op verzoek van de Commissie.

Artikel R 28 bevat informatieverplichtingen van een aangemelde instantie jegens de door een lidstaat aangewezen aanmeldende autoriteit en jegens andere aangemelde instanties die soortgelijke conformiteitsbeoordelingsactiviteiten voor dezelfde producten verrichten.

Aanwijzing van aangemelde instanties en aangewezen instanties onder Nederlandse regelgeving

In Nederlandse wetgeving kunnen voor conformiteitsbeoordelingsinstanties die ingevolge Europese regelgeving moeten worden aangemeld bij de Commissie om bepaalde in Europese regelgeving verplicht gestelde conformiteitsbeoordelingen uit te voeren, (nadere) regels worden gesteld over de eisen waaraan die instanties moeten voldoen om voor aanmelding in aanmerking te komen. Dit gebeurt op bepaalde terreinen, maar zeker niet op alle. Daarnaast worden in Nederlandse wetgeving regels gesteld over aanwijzing van instanties die louter ingevolge Nederlandse regelgeving bepaalde keuringen mogen uitvoeren. Ik bespreek

hieronder een voorbeeld van wetgeving waarin uniforme regels zijn gesteld voor aanmelding van een instantie voor keuringen onder Europese regelgeving en aanwijzing van een instantie voor keuring en onder louter Nederlandse regelgeving: conformiteitsbeoordeling onder de Warenwet.

Mede ter uitvoering van Europese regelgeving bepaalt artikel 7 Warenwet dat ‘in het belang van het weren van technische voortbrengselen die een gevaar kunnen opleveren voor de gezondheid van de mens of de veiligheid voor deze voortbrengselen’ bij of krachtens amvb bepaalde keurings- of beoordelingsprocedures voor deze voortbrengselen kunnen worden voorgeschreven.¹⁴⁷ Met het vereiste certificaat kan een product op de markt worden gebracht, in gebruik worden genomen of worden gebruikt. Artikel 7a Warenwet voorziet in een bevoegdheid van de minister die het aangaat op aanvraag één of meer instanties aan te wijzen die bevoegd zijn tot het uitvoeren van door hem aan te wijzen werkzaamheden ingevolge bij of krachtens deze wet voorgeschreven keurings- of beoordelingsprocedures. Voor zover de bepalingen strekken ter uitvoering van Europese regelgeving moet een instelling zich kwalificeren voor een aanmelding bij de Commissie als instantie die bepaalde conformiteitsbeoordelingen als bedoeld in de betreffende EU-regelgeving mag uitvoeren (‘notified body’).¹⁴⁸

Op basis van artikel 7a Warenwet zijn in amvb’s producten aangewezen waarvoor, deels gelet op Europese regelgeving (voor zover het betreft conformiteitsbeoordeling voor ingebruikname) en deels ingevolge de keuze van de Nederlandse wetgever (periodiek), een keuring of certificering verplicht is. Zo is dit bijvoorbeeld bepaald voor liften, drukvaten en containers. In deze amvb’s zijn tevens criteria geformuleerd waaraan een instelling die door de minister (hier de minister van SZW¹⁴⁹) als certificerende instelling wordt aangewezen, moet voldoen. De eisen zijn sinds 2009 qua inhoud en strekking (grotendeels) gelijklopend:

- a. rechtspersoonlijkheid;
- b. onafhankelijkheid;

¹⁴⁷ Ik laat hier verder omwille van beknoptheid conformiteitsbeoordeling zoals die is voorgeschreven bij en krachtens de Arbeidsomstandighedenwet en de aanwijzing van instanties die deze mogen uitvoeren buiten beschouwing.

¹⁴⁸ Zoals op grond van de Liftenrichtlijn (95/16/EG), PbEG 1995, L 213 (zie art. 1, aanhef en onder b, jo. art. 23 Warenwetbesluit liften) of de Richtlijn drukapparatuur (97/23/EG), PbEG 1997, L 181 (zie art. 1, aanhef en onder b, jo. art. 19a Warenwetbesluit drukapparatuur). De reden voor de beslissende rol van de ministers van SZW en Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) bij aanwijzing van instanties die louter op grond van Nederlandse wetgeving verplichte periodieke conformiteitsbeoordelingen uitvoeren voor producten die een gevaar kunnen opleveren voor gezondheid of veiligheid, is gelegen in de relatie die deze conformiteitsbeoordeling heeft met die welke voor dezelfde producten voorafgaand aan ingebruikname op grond van Europese regelgeving verplicht is en waarvoor aanmelding bij de Commissie is voorgeschreven. Uit de toelichting spreekt een voorkeur voor een uniform en transparant stelsel. Stb. 2009, 395, p. 36-39.

¹⁴⁹ De minister van SZW is bevoegd tot aanwijzing, voor zover het te nemen besluit of te regelen onderwerp voor beroepsmatige toepassing bestemde technische voortbrengselen betreft of indien het te nemen besluit of te regelen onderwerp liften, containers, drukvaten van eenvoudige vorm of drukapparatuur en samenstellen daarvan dan wel explosieveilig materieel betreft. Voor het overige is de minister van VWS bevoegd (art. 1, aanhef en onder d, Warenwet).

- c. de deskundigheid en outillage die nodig zijn om de uitvoering van de taken waarvoor zij aangewezen wil worden, naar behoren te kunnen vervullen;
- d. een registratiesysteem waarin de gegevens die samenhangen met en betrekking hebben op de uitvoering van de taken waarvoor de instantie die aangewezen wil worden, naar behoren vastgelegd kunnen worden. Aan de hand van deze gegevens zijn de gekeurde producten, alsmede de onderzochte kwaliteitssystemen afdoende te identificeren;
- e. verzekerd zijn tegen wettelijke aansprakelijkheid voor de risico's die voortvloeien uit de uitoefening van de taken waarvoor de instantie aangewezen wil worden;
- f. een overeenkomst met de in voorkomend geval aanwezige beheerstichting die de krachtens dit besluit geregelde certificatieschema's beheert; en
- g. naar behoren functioneren.¹⁵⁰

De eis onder f brengt mee dat een aangewezen instantie bij het verstrekken van certificaten gebruik moet maken van door 'het veld' (beheerstichtingen met Centrale colleges van deskundigen (CCvD's)) ontwikkelde certificatieschema's die door het ministerie van SZW zijn vastgesteld.¹⁵¹

In de amvb's is tevens bepaald dat de instelling de aanvraag doet vergezellen van een beoordeling door de Stichting Raad voor Accreditatie te Utrecht, waaruit blijkt dat zij voldoet aan de criteria voor deskundigheid en outillages als genoemd in het betreffende besluit.¹⁵² De certificerende of keurende instellingen worden door de minister aangewezen na een beoordeling met gunstig gevolg door de RvA.¹⁵³ In de praktijk is de beoordeling niet alleen een instrument om de conformiteitsbeoordelingsinstantie, maar ook om de gehanteerde beoordelingsrichtlijnen te kunnen laten toetsen op overeenstemming met de toepasselijke wetgeving (zie par. 2.3.4).

Een aanwijzing en aanmelding moet worden geweigerd als de instelling die daarom heeft verzocht, niet heeft voldaan aan de genoemde criteria of aan gestelde regels met betrekking tot het indienen van een aanvraag. Tevens dient zij te worden geweigerd als ten hoogste twaalf maanden voorafgaand aan de datum van indiening van de aanvraag, sprake was van een weigering om de aanvragende instelling aan te wijzen als certificerende instelling dan wel van een intrekking van een aanwijzing als certificerende instelling en de weigering of intrekking is geschied op grond van aan de aanvragende instelling toe te rekenen feiten of omstandigheden.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Art. 15 Warenwetbesluit containers, art. 11 Warenwetbesluit drukvaten van eenvoudige vorm, art. 17 Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 23 Warenwetbesluit liften, art. 6g Warenwetbesluit machines, art. 6d Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen en art. 19a Warenwetbesluit drukapparatuur. Zie voor de aanleiding voor de regelingen: Stb. 2009, 395, p. 36-37. Ik werk de achtergronden hier verder niet uit.

¹⁵¹ Stb. 2009, 395, p. 36-37, 42.

¹⁵² Art. 15a, tweede lid, Warenwetbesluit containers, art. 12, tweede lid, Warenwetbesluit drukvaten van eenvoudige vorm, art. 17a, tweede lid, Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 24, tweede lid, Warenwetbesluit liften, art. 6h, tweede lid, Warenwetbesluit machines, art. 6e, tweede lid, Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen en art. 22a, tweede lid, Warenwetbesluit drukapparatuur.

¹⁵³ Stb. 2009, 395, p. 36.

¹⁵⁴ Art. 15b, eerste lid, Warenwetbesluit containers, art. 22b, eerste lid, Warenwetbesluit drukapparatuur, art. 12a, eerste lid, Warenwetbesluit drukvaten van eenvoudige vorm, art. 17b, eerste lid, Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 25, eerste lid, Warenwetbesluit liften, art. 6i, eerste

De amvb's voorzien in een bevoegdheid tot schorsing, wijziging ten nadele van de certificerende instelling of intrekking van de aanwijzing, onder meer op grond van feiten of omstandigheden waarvan de minister bij de aanwijzing redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan hij de aanwijzing niet of alleen met beperkingen of voorschriften zou hebben gegeven, door de certificerende instelling verstrekte onjuiste inlichtingen over feiten of omstandigheden of het niet meer voldoen aan gestelde eisen.¹⁵⁵

In de meeste van de amvb's is een verplichting neergelegd tot periodieke controle van een certificerende instelling door de minister tijdens de looptijd van de aanwijzing als certificerende instelling waarin wordt vastgesteld of nog aan de eisen wordt voldaan. Daartoe moet de minister ter zake een beoordeling laten doen door de RvA op kosten van de instelling, behoudens uitzonderingen die hierop gemaakt zijn bij ministeriële regeling.¹⁵⁶

De certificerende instelling verstrekt de RvA desgevraagd kosteloos alle informatie die deze nodig heeft bij de uitvoering van de periodieke beoordeling die zij uitvoert.¹⁵⁷

Niet altijd stelt de Nederlandse wetgever nadere regels voor aanwijzing van aangemelde instanties die volgens EU-regelgeving bepaalde conformiteitsbeoordeling kunnen uitvoeren. Alleen uitgebreider systematisch onderzoek kan meer helderheid geven over de kwestie in hoeverre dit gebeurt, of er overwegingen zijn geweest bij die keuze en zo ja, welke en hoe deze te beoordelen.

Ook zonder dat Europese regelgeving daartoe aanleiding geeft, dus op eigen initiatief, kent de Nederlandse wetgever regelmatig een rol toe aan conformiteitsbeoordeling (zie par. 1.1). De vraag is of en wanneer de wetgever dan voorziet in een bevoegdheid van een bestuursorgaan – zoals een minister die het aangaat – om de instantie aan te wijzen.

Als voorbeeld van een wettelijk regime voor conformiteitsbeoordeling waarin niet voorzien is in een dergelijke bevoegdheid kan worden genoemd de kwaliteitsverklaringen voor bouwproducten of -processen die worden afgegeven op basis van een door de minister voor Wonen erkend stelsel (art. 3 Woningwet jo. art. 1.11 Bouwbesluit 2012). De minister heeft geen directe bemoeienis met de beslissing welke instellingen die verklaringen kunnen afgeven.

Ingevolge artikel 1.8 Regeling Bouwbesluit 2012 zijn voorwaarden waaronder kwaliteitsverklaringen worden afgegeven vastgelegd in een tripartite overeenkomst tussen

lid, Warenwetbesluit machines en art. 6f, eerste lid, Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen.

155 Art. 15b, derde lid, Warenwetbesluit containers, art. 22b, derde lid, Warenwetbesluit drukapparatuur, art. 12a, derde lid, Warenwetbesluit drukvaten van eenvoudige vorm, art. 17b, derde lid, Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 25, derde lid, Warenwetbesluit liften, art. 6i, derde lid, Warenwetbesluit machines en art. 6f, derde lid, Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen.

156 Art. 22c Warenwetbesluit drukapparatuur, art. 17c Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 26 Warenwetbesluit liften, art. 6j Warenwetbesluit machines en art. 6g Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen.

157 Art. 15d Warenwetbesluit containers (nog niet in werking getreden), art. 22d Warenwetbesluit drukapparatuur, art. 13a Warenwetbesluit drukvaten in eenvoudige vorm, art. 17d Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 26a Warenwetbesluit liften, art. 6ja Warenwetbesluit machines en art. 6h Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen.

de Stichting Bouwkwaliiteit (SBK), RvA en de minister die het aanging (de minister van VROM).¹⁵⁸ De minister heeft SBK als coördinerende instantie aangewezen (art. 1.9 Regeling Bouwbesluit 2012; art. 1, derde lid, overeenkomst). De minister wijst geen instellingen aan die binnen het erkende stelsel verklaringen mogen afgeven. Ook de SBK neemt hierover geen afzonderlijke beslissingen. De coördinerende functie die SBK vervult, komt tot uitdrukking in haar beslissing om een kwaliteitsverklaring al dan niet te publiceren op de lijst van erkende kwaliteitsverklaringen (art. 4 en art. 6, derde en vierde lid).¹⁵⁹ Instellingen die erkende kwaliteitsverklaringen afgeven, moeten in beginsel zijn geaccrediteerd door de RvA (art. 1, tweede lid, art. 2 en art. 4, tweede lid, overeenkomst). Bij 'zwaarwegende signalen' dat een kwaliteitsverklaring niet betrouwbaar is, kan SBK een verklaring van de lijst afvoeren (art. 6, vijfde lid overeenkomst). De RvA en SBK informeren de minister jaarlijks over hun bevindingen (art. 3, eerste en tweede lid, overeenkomst). De minister moet als (politiek) verantwoordelijke voor het stelsel gebruikmaken van zijn bevoegdheid 'bij ernstig falen van het stelsel in te grijpen door het stelsel te wijzigen'.¹⁶⁰ De vraag is of de afstandelijke rol van de minister wel past bij de status die kwaliteitsverklaringen ingevolge artikel 1.8, tweede lid, Bouwbesluit 2012 hebben.¹⁶¹ Zo is bijvoorbeeld in artikel 11 e.v. Besluit Bodemkwaliteit wel voorzien in een bevoegdheid van de minister om instellingen te erkennen die bepaalde kwaliteitsverklaringen mogen afgeven waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden.

Het Bouwbesluit 2012 en de Regeling Bouwbesluit 2012 voorzien overigens ook niet in aanwijzing van inspectie-instellingen die inspectiecertificaten als bedoeld in Bouwbesluit 2012 kunnen afgeven voor wettelijk verplichte brandbeveiligingsinstallaties.¹⁶²

Uitgebreider en systematisch onderzoek kan aanwijzen of, en zo ja op welke wijze is voorzien in een toezichthoudende rol van een politiek verantwoordelijk orgaan bij conformiteitsbeoordeling waaraan betekenis toekomt in bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen bestuursorganen en particulieren en of hierin enig beleid is te herkennen. Goed verdedigbaar is dat in ieder geval in de erkennings-variant een politiek verantwoordelijk orgaan mede op basis van bevindingen en besluitvorming inzake accreditatie door de RvA, de instellingen zou moeten aanwijzen die de conformiteitsbeoordeling mogen doen en periodiek zou moeten beoordelen of een instelling nog aan de eisen voldoet om de aanwijzing te kunnen behouden.¹⁶³

¹⁵⁸ Deze overeenkomst is op 30 mei 2006 gesloten tussen de RvA, SBK en de minister van VROM. Strt. 2006, 132, p. 11. De overeenkomst heeft betrekking op alle verklaringen die aansluiten bij de Nederlandse bouwregelgeving (art. 1, eerste en tweede lid, van de overeenkomst).

¹⁵⁹ De beoordeling door SBK moet mede zijn gebaseerd op de aansluiting van deze verklaringen op Nederlandse bouwregelgeving, het niet strijdig zijn met Europese specificaties en het niet strijdig zijn met de criteria voor 'het publieke deel van kwaliteitsverklaringen'.

¹⁶⁰ Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 16-17.

¹⁶¹ Kritisch over het functioneren van het stelsel van kwaliteitsverklaringen, in het bijzonder over de duidelijkheid van de verantwoordelijkheden van de minister: VROM-Inspectie 2011, p. 29.

¹⁶² In de toepasselijke inspectieschema's is wel vastgelegd dat de inspectie-instelling moet zijn geaccrediteerd op basis van ISO/IEC 17020. Neerhof 2013, p. 144-145.

¹⁶³ Zie ook Evers 2004, p. 211.

3 Waarborgen voor legitimiteit, transparantie, een open markt en fundamentele rechten

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik de rechtsregels die van toepassing kunnen zijn op normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Dit geschiedt tegen de achtergrond van principes en aspecten die bij regulering in de Nederlandse democratische rechtstaat van grote betekenis zijn: legitimiteit, transparantie, de interne markt van de Europese Unie en fundamentele rechten. Duidelijk zal worden dat de eisen waaraan moet worden voldaan mede afhankelijk zijn van de manier waarop normalisatie of conformiteitsbeoordeling door de overheid wordt gebruikt.¹

3.2 Waarborgen voor goede normalisatie

3.2.1 Inleiding

In deze paragraaf worden aspecten besproken die in een democratische rechtstaat van belang zijn als normalisatie plaatsvindt ter behartiging van bepaalde publieke belangen.

3.2.2 Draagvlak en inhoudelijke kwaliteit

Zowel het Unierecht inzake normalisatie als regels en beleid van NEN strekken er mede toe te borgen dat de normen waarvan de totstandkoming wordt gefaciliteerd door de normalisatie-instelling draagvlak hebben en inhoudelijk van kwaliteit zijn. Daarnaast heeft de Nederlandse overheid hierbij in meer of mindere mate een rol. Die hangt mede samen met het feit dat in wetgeving regelmatig naar normalisatienormen wordt verwezen. Ik werk dit hieronder uit.

¹ Er is uiteraard meer juridisch relevant, maar ik kan niet alles bespreken. Er zijn normalisatiebeginselen neergelegd in de WTO-overeenkomst Technical Barriers to Trade Agreement (TBT). Annex III bevat de 'Code of good for the preparation, adoption and application of standards'. De code is door het Nederlands Normalisatie-instituut (NEN) aanvaard. Zie www.wto.org, onder Trade tropics, onder Technical barriers to trade, onder Official TBT documents. Ik volsta hier met deze vermelding.

3.2.2.1 EU-Normalisatieverordening

Voor normalisatiewerkzaamheden geldt een specifiek Unierechtelijk kader, dat is neergelegd in de Verordening betreffende normalisatie.² Deze is in werking sinds 1 januari 2013 (art. 30 Verordening).³ De verordening regelt vooral Europese normalisatie. Ook voor nationale normalisatie wordt daarin echter uitwerking gegeven aan belangrijke principes voor totstandkoming van normalisatienormen: openheid, consensus en transparantie.⁴

Voor consensus is van belang dat zo veel mogelijk belanghebbende partijen deelnemen aan normalisatie. Niet alle belanghebbenden maken de keuze deel te nemen aan normalisatie. Voor deelname is een bijdrage verschuldigd. De kosten kunnen een barrière vormen.⁵ Dit kan tot gevolg hebben dat de groep met de meeste belangen, de sterkste organisatiegraad, de meeste deskundigheid en het meeste kapitaal een zware stempel op het normalisatieproces drukt. Dit zijn in de praktijk de grote industriële partijen.⁶ In artikel 6 Normalisatieverordening is een verplichting voor nationale normalisatie-instellingen opgenomen die verband houdt met participatie door het midden- en kleinbedrijf (mbk) in normalisatie.⁷ De kern van de verplichting is dat zij de toegang van het mkb tot normen en ontwikkelingsprocessen van normen moeten bevorderen en vergemakkelijken, 'om te zorgen voor een hoger niveau van deelname aan het normalisatiesysteem'. In artikel 6, eerste lid, onder a tot en met f, Verordening worden vervolgens manieren uitgewerkt waarop aan de verplichting kan worden voldaan.⁸

2 Verordening (EU) nr. 1025/2012 van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie, tot wijziging van de Richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de Richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG en 2009/105/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Beschikking 87/95/EEG van de Raad en Besluit nr. 1673/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad, PbEU 2012, L 316/12.

3 De bepalingen komen in de plaats van bepalingen over normalisatie in Richtlijn 98/34/EG (notificatierichtlijn), PbEG 1998, L 204/37, dat het belangrijkste onderdeel van het voorheen geldende Europeesrechtelijke kader voor normalisatie was. Het in de notificatierichtlijn neergelegde kader voldeed om een aantal redenen niet meer. Zie het voorstel: COM (2011)315, p. 2, 4-6. Anders dan onder de Notificatierichtlijn zijn de bepalingen uit de verordening rechtstreeks toepasselijk op de nationale normalisatie-instellingen.

4 Zie de toelichting bij het voorstel: Europese Commissie, Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende Europese normalisatie en tot wijziging van de Richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de Richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/105/EG en 2009/23/EG van het Europees Parlement en de Raad, COM (2011)315, p. 1; zie ook de preambule van Verordening (EU) nr. 1025/2012, nr. 9.

5 Van Gestel 2012, p. 250; European Commission, Public consultation on Standardisation Package, Brussels 30 June 2010, p. 15.

6 Stuurman 1995, p. 90-94, 168-171, 175; Evers 2002, p. 19, 211.

7 Dit was niet het geval in de Notificatierichtlijn.

8 De nationale normalisatie-instellingen doen dit bijvoorbeeld door: (a) in hun jaarlijkse werkprogramma's aan te geven welke normalisatieprojecten in het bijzonder interessant zijn voor het mkb; (b) toegang te verlenen tot normalisatieactiviteiten zonder het mkb te verplichten lid te worden van een nationale normalisatie-instelling; (c) deelname aan normalisatieactiviteiten gratis of tegen speciale tarieven aan te bieden; (d) de toegang tot ontwerpnormen gratis te maken; (e) samenvattingen van normen gratis ter beschikking te stellen op hun website; (f) speciale tarieven

Een website van de CEN/CENELEC (zie over deze instellingen par. 2.2.1), 'SME Standardization Toolkit' (www.smest.eu), geeft concrete suggesties en methoden aan nationale normalisatie-instellingen om normalisatie bij mkb-bedrijven en haar brancheorganisaties bekender te maken en de toegang van hen tot normalisatie te vergemakkelijken en te stimuleren.

Artikel 6 Normalisatieverordening kan geen verandering brengen in het feit dat ideële organisaties en organisaties die belangen van anderen dan producenten vertegenwoordigen (zoals consumentenorganisaties) minder gemakkelijk toetreden tot een normcommissie, vanwege de kosten die daaraan verbonden zijn. Anders dan voor Europese normalisatie, die door de Unie actief wordt ingezet om 'eengemaakte markten' voor producten goed te laten functioneren,⁹ kent de verordening voor nationale normalisatie geen verplichtingen om alle categorieën belanghebbenden op een eerlijke en evenwichtige manier vertegenwoordigd te laten zijn in het normalisatieproces – dus niet alleen het mkb, maar ook consumentenorganisaties en belanghebbenden op sociaal en milieugebied (vgl. art. 5 Normalisatieverordening). De Verordening voorziet, anders dan voor Europese normalisatie, evenmin in een instrumentarium voor de Unie om nationale normalisatie-instellingen aan te zetten tot deelname van ondervertegenwoordigden in het normalisatieproces.

Voor Europese normalisatie bestaat dit instrumentarium uit de geldkraan van de Unie, in het bijzonder financiering op verschillende manieren van de Europese normalisatie-instellingen en Europese organisaties van belanghebbenden die deelnemen aan Europese normalisatie (art. 15-17 Verordening), en de verzoeken of mandaten van de Commissie aan Europese normalisatie-instellingen tot het vaststellen van normen (art. 10 Verordening).

In het belang van *openheid en transparantie* bepaalt artikel 3, eerste tot en met vierde lid, Verordening dat niet alleen voor Europese, maar ook voor nationale normalisatie-instellingen geldt dat zij ten minste eenmaal per jaar een werkprogramma vaststellen en de andere Europese en nationale normalisatie-instellingen hiervan op de hoogte stellen. De nationale normalisatie-instellingen moeten de Europese normalisatieorganisaties jaarverslagen toezenden over hun activiteiten die verband houden met toegang tot het mkb aan normalisatie (als bedoeld in art. 6, eerste lid). Zij moeten optimale praktijken uitwisselen met andere nationale normalisatie-instellingen over bevordering van deelname aan en gebruik van normalisatie door het mkb (als bedoeld in art. 6, tweede lid) en alle andere maatregelen ter verbetering van de omstandigheden voor het gebruik van normen door het mkb en de deelname van het mkb aan het ontwikkelingsproces van

toe te passen voor de beschikbaarstelling van normen of door pakketten van normen tegen een gereduceerde prijs aan te bieden. Ingevolge art. 6, tweede lid, Verordening dienen de nationale normalisatie-instellingen 'optimale praktijken' uit te wisselen 'om de deelname van het mkb aan normalisatiewerkzaamheden te verbeteren en om het gebruik van normen door het mkb te doen toenemen en te vergemakkelijken'.

9 COM (2011)315, p. 1-2.

normen. Zij dienen deze verslagen op hun websites bekend te maken (art. 6, derde lid, Verordening).

In de Verordening zijn geen bepalingen opgenomen over toezicht op en handhaving van de naleving van de daarin opgenomen verplichtingen door nationale normalisatie-instellingen.¹⁰ Lidstaten zullen op naleving door hun normalisatie-instellingen moeten toezien. Dit lijkt een belangrijke beperking.

3.2.2.2 Regels en beleid van NEN

In paragraaf 2.2.2 kwam de formele blauwdruk van het NNI, de belangrijkste van de twee Nederlandse normalisatie-instellingen die opereert onder de vlag van NEN, aan de orde.

NEN bewaakt de samenstelling van de normcommissies en ziet erop toe dat vertegenwoordigers van alle betrokkenen kunnen meedoen in het proces van totstandkoming van een norm. De Statuten en het Huishoudelijk Reglement voorzien in bepalingen die gericht zijn op draagvlak voor normalisatie en betrokkenheid van alle belanghebbende groeperingen. Besluitvorming geschiedt in beginsel op basis van consensus.

Het bedrijfsleven stelde reeds in 1997 voor een normalisatiecode op te stellen, waarin het zorgvuldig betrekken van belanghebbenden bij het normalisatieproces centraal zou staan. Een dergelijke code bleek niet haalbaar omdat de verlangens van de betrokken partijen met betrekking tot de inhoud te zeer uiteenliepen. Daarna is door de Nederlandse regering samen met NEN gezocht naar andere wegen om de toegankelijkheid van normalisatieprocessen te verbeteren, in het bijzonder met behulp van ICT.¹¹

Het eerder genoemde project 'Kenbaarheid van Normen en Normalisatie' van het platform Kenbaarheid, waarin verschillende belanghebbende groeperingen waren vertegenwoordigd, leidde in 2004 tot een eindrapport dat aanleiding is geweest tot ontwikkeling van de 'Checklist lastenarm maken normen' van NEN.¹² Daarin is neergelegd dat een normalisatietraject pas start wanneer uit een marktonderzoek blijkt dat er voldoende draagvlak bestaat bij de doelgroep, de belanghebbende partijen. Om dit draagvlak te analyseren wordt een stakeholderanalyse uitgevoerd. Daarbij wordt nagegaan welke organisaties belang hebben bij de norm en of zij vertegenwoordigd zullen zijn in de normcommissie. Normcommissies moeten zijn samengesteld uit leden die gezamenlijk de belanghebbende groeperingen vertegenwoordigen bij een onderwerp waarover deze

¹⁰ Art. 6 van de verordening ontbrak overigens in het oorspronkelijke Commissievoorstel. Zie: COM (2011) 315.

¹¹ Kamerstukken II 1999/2000, 24036, nr. 140 (brief van de ministers van Economische Zaken en Justitie aan de Tweede Kamer van 21 oktober 1999), p. 32-33; Kamerstukken II 1999/2000, 21670, nr. 10 (nota 'Internationaal is de norm', aangeboden bij brief van de minister van Economische zaken aan de Tweede Kamer van 16 juni 2000), p. 10-11; Kamerstukken II 2000/01, 24036, nr. 176 (brief van de ministers van Economische zaken en Justitie aan de Tweede Kamer van 21 november 2000), p. 3; Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193 (Kabinetsreactie op kenbaarheid van normen en normalisatie), p. 6-7.

¹² Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 6-7.

partijen via NEN een afspraak willen maken. De resultaten van de analyse worden samen met het met de norm te bereiken doel ter besluitvorming voorgelegd aan de desbetreffende beleidscommissie. Als de toets is uitgevoerd, wordt de normcommissie ingesteld. Als de commissie is ingesteld, wordt de stakeholderanalyse minstens eens in de vier jaar herhaald. De Beleidscommissies evalueren de resultaten van de stakeholderanalyse en beslissen mede op basis daarvan over de samenstelling van normcommissies.¹³

Als blijkt dat zittende leden willen tegenhouden dat een vertegenwoordiger van een bepaalde organisatie als lid tot een normcommissie toetreedt, wordt door de beleidscommissie getoetst of dat gerechtvaardigd is. Indien dat niet het geval is, beslist de beleidscommissie dat betrokkene kan toetreden tot de commissie. Als een organisatie meent te worden uitgesloten van deelname aan een normcommissie, kan zij daarover een klacht indienen bij de beleidscommissie, die vervolgens besluit of de klacht terecht is en of een vertegenwoordiger van deze organisatie tot de normcommissie kan toetreden.¹⁴

Kortom, er wordt op de samenstelling van de normcommissies toegezien. NEN voert ook regelmatig stakeholderanalyses uit om na te gaan in hoeverre partijen worden gemist die belang zouden kunnen hebben bij deelname. NEN informeert betrokkenen over de uitkomsten. Ondervertegenwoordiging van ideële en belangenorganisaties in normcommissies blijft een aandachtspunt. Hier wordt ook wel eens een oplossing door gezocht. Zo wordt er bijvoorbeeld op het gebied van de bouw door normcommissies wel besloten ideële en belangenorganisaties kosteloos te laten deelnemen.¹⁵

3.2.3 Kenbaarheid van normen

3.2.3.1 Het constitutionele en bestuursrechtelijke perspectief

De algemene kenbaarheid van voor een ieder geldende rechtsnormen vormt een van de uitgangspunten van een democratische rechtsstaat. De artikelen 88 en 89, derde en vierde lid, Grondwet bepalen dat wetten, onderscheidenlijk algemene maatregelen van bestuur en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften niet in werking treden voordat zij zijn bekendgemaakt. Ingevolge het bepaalde in de Bekendmakingswet geschiedt de bekendmaking van een amvb door plaatsing in het Staatsblad en de bekendmaking van een ministeriële regeling in beginsel door plaatsing in de Staatscourant.¹⁶ Uit jurisprudentie van de Hoge Raad (*Knooble-arrest*) en de Afdeling bestuursrechtspraak (uitspraak *City Crash*) volgt echter dat de NEN-normen, voor zover daarnaar in wetgeving wordt verwezen, door die verwijzing weliswaar naar buiten werkende, de burgers bindende regels, maar geen algemeen verbindende voorschriften zijn. Dit betekent dat noch artikel 89 Grondwet, noch de Bekendmakingswet van toepassing is

¹³ NEN doc. nr. 2012-14, onder nrs. 1 en 3.

¹⁴ Met dank aan mr. Rien Huige, hoofd van de afdeling Materialen & Bouwproducten, en drs. Ineke ten Wolde, NEN Public Affairs.

¹⁵ Met dank aan mr. Rien Huige.

¹⁶ Het Staatsblad en de Staatscourant worden elektronisch uitgegeven. Zie art. 1, tweede en derde lid, Bekendmakingswet.

op de bekendmaking daarvan.¹⁷ Publicatie in een van overheidswege uitgegeven periodiek kan dus achterwege worden gelaten.

Normalisatienormen komen volgens de door de Hoge Raad gehanteerde criteria in beginsel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking.¹⁸ Artikel 11 Auteurswet bepaalt dat geen auteursrecht bestaat op wetten, besluiten en verordeningen door de openbare macht uitgevaardigd en op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen.¹⁹ Uit het *Knooble*-arrest volgt echter dat NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen, volgens de Hoge Raad niet gelden als 'door de openbare macht uitgevaardigd' als in artikel 11 Auteurswet bedoeld.²⁰ Daardoor blijft er auteursrechtelijke bescherming op rusten.

De benaderingen van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Hoge Raad roepen de vraag op of de kenbaarheid van de normen, zeker als de wetgever ernaar verwijst, voldoende is verzekerd als de normen alleen tegen betaling kunnen worden verkregen of kunnen worden geraadpleegd in de bibliotheek van de normalisatie-instelling.

Aanwijzing 190 van de Aanwijzingen voor de regelgeving bepaalt dat indien in een regeling normen die niet van publiekrechtelijke aard zijn van toepassing worden verklaard, bekendmaking van de normen in de Staatscourant wordt voorgeschreven, tenzij de kenbaarheid van deze normen voor alle betrokkenen voldoende verzekerd is.

De Afdeling bestuursrechtspraak is in de uitspraak *City Crash* ingegaan op de kwestie van 'voldoende kenbaarheid' van normen waarnaar wordt verwezen. De Afdeling heeft onder ogen gezien dat kenbaarheid van de normalisatienormen waarnaar de wet verwijst voldoende moet zijn verzekerd, omdat zij burgers binden. De kenbaarheid is volgens de Afdeling evenwel voldoende verzekerd als bedoeld in aanwijzing 190, als deze normen zonder belemmering door eenieder kunnen worden geraadpleegd. Dit is geval als direct betrokkenen (bedrijven) de NEN-normen tegen redelijke betaling kunnen aanschaffen. Voor burgers kan de koopprijs wellicht een belemmering vormen om daarvan kennis te nemen, maar de kenbaarheid is volgens de Afdeling ook voor de burger voldoende verzekerd als de NEN-normen voor de burger ter inzage liggen en zonder belemmering kunnen worden geraadpleegd. Terinzagelegging van de NEN-normen vindt feitelijk plaats in de bibliotheek van NEN te Delft waar belangstellenden van de NEN-normen kennis kunnen nemen.²¹

17 HR 22 juni 2012, AB 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.8-3.9; ABRvS 2 februari 2011, AB 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (*City Crash*), r.o. 2.4.3-2.4.4.

18 Zie HR 24 februari 2006, NJ 2007, 37, AMI 2006, 153, m.nt. A.A. Quaedyvlieg (*Technik Benelux/Goossens*).

19 De ratio van art. 11 Auteurswet is dat het auteursrecht de verspreiding van officiële teksten en door de overheid openbaar gemaakt materiaal niet mag belemmeren. De informatievrijheid dient dan voorrang te hebben. Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 137.

20 HR 22 juni 2012, AB 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.10. Zie ook Gerechtshof 's-Gravenhage 16 november 2010, TBR 2011/31, m.nt. A.R. Neerhof (*Knooble*), r.o. 15.

21 ABRvS 2 februari 2011, AB 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (*City Crash*), r.o. 2.4.5-2.4.6. Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 16 november 2010, TBR 2011/31, m.nt. A.R. Neerhof (*Knooble*), r.o. 12, waarnaar de Afdeling in haar uitspraak ook verwijst.

Overigens is ook het verwijzen naar normalisatienormen in vergunningvoorschriften een door de Afdeling geaccepteerd fenomeen. De Afdeling heeft geen problemen met het vragen van een vergoeding voor het verstrekken van een afschrift van de publicaties die niet via openbare bronnen zijn te raadplegen, maar waarnaar wel in een vergunningvoorschrift wordt verwezen. NEN-normen zijn volgens de Afdeling ‘algemeen verkrijgbaar en dus voldoende kenbaar’. Het verwijzen ernaar is volgens de Afdeling niet in strijd met het beginsel van de rechtszekerheid.²²

In de kabinetsreactie ‘Kenbaarheid van normen en normalisatie’ (2011) wordt het standpunt ingenomen dat alleen bij een dwingende verwijzing naar een normdocument geen verschuldigde vergoeding voor het inzien past, want dan moet de norm worden ingezien om de wet te kunnen naleven. Bij een niet-dwingende verwijzing is dat niet zo, omdat ook op een alternatieve wijze aan de wettelijke eisen kan worden voldaan. In beginsel zou in wetgeving op ‘niet-dwingende wijze’ naar normen moeten worden verwezen. Het uitgangspunt is ook neergelegd in Aanwijzing 91a van de Aanwijzingen voor de regelgeving.²³ Het kabinet heeft ernaar gestreefd overbodig geachte dwingende verwijzingen naar normen voor 1 januari 2014 om te zetten. Bij de toch noodzakelijke dwingende verwijzingen zouden normen kosteloos beschikbaar worden gesteld en zou met NEN een compensatieregeling worden getroffen.²⁴ Eerst in december 2015 heeft het ministerie van Economische Zaken bekendgemaakt welke NEN-normen met ingang van 1 januari 2016 gratis zijn in te zien, omdat er in wetgeving dwingend naar wordt verwezen.

Het kabinet-Rutte II gaat uit van een ruimer begrip van dwingend verwijzen dan het kabinet-Rutte I in de reactie Kenbaarheid van normen en normalisatie. Niet alleen als de wetgever de adreessaat verplicht om aan de norm te voldoen wordt een dwingende verwijzing aangenomen. Zij wordt ook aangenomen als weliswaar een andere oplossing mag worden toegepast zolang deze ten minste gelijkwaardig is aan de norm, maar om dit te kunnen beoordelen de norm ingezien moet worden.²⁵ Hiermee lijkt tegemoet te worden gekomen aan eerdere rechtswenschappelijke kritiek.²⁶

In het overzicht van NEN-normen die vanaf 1 januari 2016 kosteloos inzichtelijk zijn via de website van het NEN, zijn geen NEN-normen opgenomen waarnaar in het Bouwbesluit 2012 wordt verwezen. De verwijzingen worden, gelet op de

22 ABRvS 13 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD9957, JM 2008/106, m.nt. Zigenhorn, JOM 2008/700, r.o. 2.5.1; ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2185, r.o. 2.4.1.

23 Strt. 2011, 6602.

24 Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 4-5, 7-8. Zie ook het advies van de Raad van State over toevoeging van Aanwijzing 91a aan de Aanwijzingen voor de regelgeving: Strt. 2011, 6743, 14 april 2011, p. 51. Zie voor de website van NEN: www.nen.nl.

25 Het kabinet noemt geen voorbeeld, maar gedacht kan hierbij worden aan art. 6.17, eerste lid, Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, zoals dat tot 1 januari 2016 van kracht was. Zie voor het overzicht nationale NEN-normen die per 1 januari 2016 kosteloos inzichtelijk zijn via de website van het NEN: www.rijksoverheid.nl, onder Alle onderwerpen, onder: Certificaten, keurmerken en meetinstrumenten, onder Normen voor producten, diensten of processen, onder Veelgestelde vragen normalisatie en onder Dwingende NEN-normen.

26 Zie Van Ommeren 2012, p. 220-221. Vgl. Van Gestel 2012, p. 253-255.

systematiek van verwijzingen (gelet op art. 1.3 Bouwbesluit 2012 is het ijkpunt een functionele eis), rechtens en feitelijk niet dwingend geacht. Verder kunnen NEN-normen waarnaar nu nog dwingend wordt verwezen en eerst onder de Omgevingswet niet meer dwingend zal worden verwezen, niet reeds vanaf 1 januari 2016 kosteloos worden ingezien. Europese en internationale normen waarnaar dwingend wordt verwezen zijn niet kosteloos in te zien, om inbreuk op het auteursrecht van Europese en internationale normalisatie-instellingen te voorkomen.²⁷

3.2.3.2 EU-recht

De hoogte van de voor kennisname van een normalisatienorm verschuldigde vergoeding moet geen drempels opwerpen om van de normen kennis te nemen. Uit een Europese consultatie in 2010 kwam naar voren dat bedrijven hierover klagen.²⁸ De Europese Commissie stelde in 2011 dat om efficiëntieverbeteringen in het geval van standaardiseringsovereenkomsten te realiseren, de informatie die vereist is om de norm toe te passen daadwerkelijk beschikbaar moet zijn voorieder die de markt wil betreden.²⁹

Van Gestel heeft erop gewezen dat als normen waarnaar de wetgever verwijst, niet kosteloos ter hand worden gesteld, dat mogelijk te kwalificeren is als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepijking als bedoeld in artikel 34 VWEU.³⁰ Dat zou betekenen dat het niet kosteloos ter beschikken stellen een rechtvaardiging behoeft. De beperking moet dan gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van een van de in artikel 36 VWEU genoemde belangen of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom als bedoeld in dat artikel dan wel om dwingende redenen van algemeen belang.³¹ Zuiver economische doelstellingen kunnen geen rechtvaardiging vormen voor een belemmering van het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van goederen.³² De vergoedingen kunnen wél gerechtvaardigd zijn omwille van bescherming van commerciële en industriële eigendom als bedoeld in artikel 36 VWEU. Ook is denkbaar dat instandhouding van een systeem van normalisatie bepaalde andere belangen dient die onder artikel 36 VWEU vallen of die zijn aan te merken als 'dwingende redenen van algemeen belang' en dat dit een vergoeding van een bepaalde hoogte rechtvaardigt.

27 Zie over dit punt de noot van Stuurman onder de uitspraak Rb. 's-Gravenhage van 31 december 2008, AMI 2009/2, nr. 7. Zie over normen die niet kosteloos kunnen worden ingezien, terwijl er dwingend naar wordt verwezen: www.rijksoverheid.nl, onder Alle onderwerpen, onder: Certificaten, keurmerken en meetinstrumenten, onder Normen voor producten, diensten of processen, onder Veelgestelde vragen normalisatie en NEN-normen niet-dwingend onder Omgevingswet.

28 European Commission, *Public consultation on Standardisation Package*, Brussels 30 June 2010, p. 15; Van Gestel 2012, p. 250.

29 Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEU 2011, C 11/64.

30 Van Gestel 2012, p. 250-251.

31 HvJ EG 20 februari 1979, zaak C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

32 HvJ EG 28 april 1998, zaak C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167 (*Decker*), r.o. 39; HvJ EG 10 juli 1984, zaak C-72/83, ECLI:EU:C:1984:256 (*Campus Oil*), r.o. 35.

Een van de vormen van industriële en commerciële eigendom zijn de auteursrechten. Het VWEU heeft geen invloed op het bestaan van rechten van commerciële en industriële eigendom die op grond van wetgeving van de lidstaten zijn verleend. Er zijn echter belangrijke randvoorwaarden waaraan nationale wetgeving die auteursrechten beschermt, moet voldoen. De nationale regels mogen geen 'discriminerend element' bevatten. Dit zal betekenen dat gehanteerde tarieven niet discriminatoir mogen zijn, dus dat er geen prijsverschillen mogen zijn voor identieke activiteiten.³³ Bovendien moet worden aangetoond dat de regels, en dus ook de tarieven, de toets van evenredigheid kunnen doorstaan. De eis van evenredigheid brengt met zich dat de maatregel niet meer belemmeringen mag opwerpen dan noodzakelijk is voor de belangen waarvan bescherming wordt beoogd (het minst belemmerend is) en proportioneel moet zijn ten opzichte van de gestelde doelen.³⁴

3.2.3.3 Het EVRM-perspectief

Voor vrijwel alle EVRM-rechten geldt dat een beperking ervan alleen geoorloofd kan zijn als zij is voorzien in het nationale recht. Dat betekent dat een bindende en toegankelijke regeling geldt, dat de gevolgen ervan voor de betrokkene zijn te voorzien en er geen risico is van willekeur in de toepassing.³⁵ Regels die op behoorlijke wijze zijn gepubliceerd, voldoen volgens het Hof aan het vereiste van toegankelijkheid.³⁶ Over de vraag of aan dit vereiste is voldaan, als een wetgever naar normen verwijst die alleen tegen vergoeding beschikbaar zijn, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bij mijn weten zich niet uitgelaten. De eisen die het Hof aan toegankelijkheid stelt, zijn echter niet altijd bijzonder hoog. De reikwijdte van deze eis (en die van voorzienbaarheid) is volgens het Hof in aanzienlijke mate afhankelijk van 'de inhoud van het betreffende instrument, het terrein dat het beoogt te bestrijken en het aantal en de status van de personen tot wie het is gericht'. Als regels in hoge mate van technische aard en ingewikkeld zijn en in de eerste plaats zijn bedoeld voor specialisten die weten hoe de voorschriften verkregen kunnen worden, kan waarschijnlijk ook aan de eis van toegankelijkheid worden voldaan als betrokkenen kunnen weten hoe zij de tekst van de regeling kunnen verkrijgen. Van belang zijn de tijd en energie die moet

33 HvJ EG 14 december 1979, zaak C-34/79, ECLI:EU:C:1979:295 (Henn en Darby), r.o. 21; HvJ EG 25 juli 1991, gevoegde zaken C-1/90 en C-176/90, ECLI:EU:C:1991:327 (Aragonesa de Publicidad Exterior), r.o. 19-26.

34 Vgl. HvJ EG 8 november 1979, zaak C-251/78, ECLI:EU:C:1979:252 (Denkavit), r.o. 21-28; HvJ EG 10 juli 1984, zaak C-72/83, ECLI:EU:C:1984:256 (Campus Oil) en HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-1/90, ECLI:EU:C:1991:327 (Aragonesa de Publicidad Exterior), r.o. 16-18. Zie over eisen van evenredigheid en non-discriminatie ook de noot van De Waele onder het arrest *Fra.bo SpA*, JB 2012/196, onder punt 5.

35 EHRM 14 december 2010, EHRC 2011/40, m.nt. H.M. Griffioen (Ternovszky/Hongarije), r.o. 23-24; EHRM 25 september 2001, NJ 2003, 670, m.nt. EJD, EHRC 2001/76, m.nt. Spronken (P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk), r.o. 11-16; EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95 (Amman/Switzerland), r.o. 55-62; EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema (Sunday Times), r.o. 49-53. Op zich is voor het voldoen aan het criterium 'bij wet voorzien' geen wettelijke regeling vereist. Zie r.o. 47 in het arrest *Sunday Times*. Zie hierover Gerards 2011, p. 199-120.

36 EHRM 28 juni 2001, NJ 2002, 181, m.nt. E.J. Dommering, EHRC 2001/55, m.nt. L.F.M. Verhey (Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland), r.o. 54.

worden geïnvesteerd om van de norm kennis te nemen. In hoeverre het toelaatbaar is dat een vergoeding moet worden betaald, is echter niet heel erg duidelijk.³⁷

Een andere vraag is of bestraffing wegens overtreding van een wettelijk voorschrift waarin naar een NEN-norm wordt verwezen problematisch kan zijn, gelet op artikel 7, eerste lid, EVRM. Deze bepaling stelt zwaardere eisen aan de wettelijke basis voor ‘criminal offences’ ofwel bestraffend overheidsoptreden. De wettelijke basis moet solide zijn. Bij ‘criminal offences’ dient de wetsbepaling zo duidelijk en ondubbelzinnig te zijn dat een burger – eventueel na (juridisch) advies – kan bepalen welke consequenties aan overtreding van de rechtsregel zijn verbonden.³⁸ De vraag is of voldoende kenbaar is wat verplichtingen in voorschriften inhouden als daarin naar een NEN-norm wordt verwezen waarvan alleen tegen vergoeding kennis kan worden genomen en overtreding van die voorschriften strafbaar is gesteld.³⁹ Dat de verwijzing niet dwingend is, hoeft aan het belang van deze vraag niet af te doen, want het kan, zoals gezegd, feitelijk onvermijdelijk zijn van de normen kennis te nemen en veel te bewerkelijk zijn om kennis van alternatieven te verwerven.⁴⁰ Uit het arrest *Cantoni* volgt dat aan de eis van voorzienbaarheid van artikel 7, eerste lid, EVRM kan zijn voldaan zelfs als de betrokken persoon, in een mate die onder de gegeven omstandigheden redelijk is, juridisch advies nodig heeft om te bepalen welke consequenties voor hem uit een bepaalde gedraging voortvloeien. Dit geldt in het bijzonder voor professionals, nu zij het gewoon zijn te werk te gaan met een grote mate van behoedzaamheid als zij hun beroep uitoefenen.⁴¹ Tegen bestraffing van overtreding van voorschriften waarin naar NEN-normen wordt verwezen lijkt artikel 7, eerste lid, EVRM dus niet zonder meer belemmeringen op te werpen. Aangenomen mag worden dat de vergoedingen die voor NEN-normen verschuldigd zijn, redelijk moeten zijn.

3.2.3.4 Een beleidsmatig perspectief: het profijtbeginsel

De vergoeding voor NEN-normen waarnaar de wetgeving verwijst, mag niet onredelijk hoog zijn, mede gelet op het EVRM en artikelen 34 en 26 VWEU. Voor de bepaling van wat een redelijke vergoeding is, lijkt van belang of marktpartijen

37 EHRM 28 maart 1990, NJ 1991, 739, m.nt. EAA (*Groppera Radio AG/Zwitserland*), r.o. 67-68. Zie Gerards 2011, p. 119-120. Vgl. echter de noot van Teunissen onder Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, JB 2009/69 (*Knooble*).

38 EHRM 24 mei 1988, *Series A*, vol. 133 (*Müller e.a.*); EHRM 25 mei 1993, *Series A*, vol. 260 (*Kokkinakis*); EHRM 27 september 1995, NJ 1996, 49, m.nt. Knigge (*G./Frankrijk*). Zie ook ABRvS 3 mei 2006, AB 2006, 317, m.nt. O. Jansen (*Spanbeton BV*).

39 Zo zijn overtredingen van voorschriften in het Bouwbesluit 2012, dus ook die waarin naar een NEN-norm wordt verwezen, een economisch delict (art. 1a, aanhef en onder 2°, WED jo. art. 1b Woningwet).

40 Vgl. Van Ommeren 2012, p. 220-221; Van Gestel 2012, p. 253-255.

41 EHRM 15 november 1996, nr. 17862/91, r.o. 35 (*Cantoni*). Onder verwijzing naar het hierboven besproken *Groppera*-arrest overwoog het Hof eerst dat de reikwijdte van het begrip voorzienbaarheid afhankelijk is van de inhoud van de betrokken tekst, het terrein dat het beoogt te bestrijken en het aantal en de status van de personen tot wie het is gericht. Zie hierover Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006, p. 655-656; Stijnen 2011, p. 111. Vgl. echter Teunissen, onder Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2010, JB 2010/132 onder punt 2.

zelf veel profijt kunnen hebben van de in de normalisatienormen neergelegde kennis. Normalisatienormen kunnen een nuttige functie in het private rechtsverkeer vervullen en ook de belangen van bedrijven in de betreffende sector dienen.⁴² Met toepassing van deze normen kan de kwaliteit en verhandelbaarheid van bepaalde goederen of diensten voor consumenten en producenten gewaarborgd zijn. Zo faciliteren normen in de bouw de communicatie tussen marktpartijen in deze sector.⁴³ Niet voor alle normen geldt echter dat er een dergelijk profijt is. De mate van profijt voor betrokkenen zou gevolgen moeten hebben voor het antwoord op de vraag of een vergoeding kan worden bedongen voor het inzien ervan en hoe hoog die kan zijn.

3.2.4 Behoorlijke normalisatie

In hoofdstuk 2 werd besproken dat normalisatie-instellingen in beginsel geen openbaar gezag uitoefenen, zodat in beginsel noch zijzelf, noch hun besturen of commissies als bestuursorgaan ex artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb kunnen worden gekwalificeerd (par. 2.2.4). Op hun handelen kan dus de Awb in beginsel niet van toepassing zijn.⁴⁴ Ook kwam aan de orde dat als de wetgever op zodanige wijze verwijst naar normen dat de normen daardoor bindend zijn geworden (zoals bijvoorbeeld gebeurt in het Bouwbesluit 2012), zij daarmee volgens de jurisprudentie zijn getransformeerd tot (onderdelen van) publiekrechtelijk algemeen geldende rechtsregels. Zij hebben daarmee echter niet de status van algemeen verbindende voorschriften verkregen (par. 2.2.6).⁴⁵

Verwijzingen in algemeen verbindende voorschriften naar normen maken deel uit van die algemeen verbindende voorschriften. Beslissingen tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift van bestuursorganen zijn besluiten ex artikel 1:3 Awb, inclusief de verwijzing daarin naar normen. Daarop zijn hoofdstuk 2, afdeling 3.2 voor zover de aard van het besluit zich daartegen niet verzet en afdeling 3.3 tot en met 3.5 Awb van toepassing (art. 3:1, eerste lid, Awb). Verwijzing daarin naar een norm kan onrechtmatig zijn, bijvoorbeeld als de norm zelf apert onzorgvuldig tot stand is gekomen of de inhoud ervan onevenredig belastend is voor bepaalde belanghebbenden in verhouding tot de ermee te dienen doelen. Dit kan een schending van artikel 3:2 of 3:4 Awb door het orgaan dat ernaar verwezen heeft, opleveren.

Grenzen tussen privaatrecht en bestuursrecht vervagen bij private regulering in het publieke belang. Als de Awb niet van toepassing is, zouden daarvoor vergelijkbare waarborgen moeten gelden.⁴⁶ In de ‘checklist lastenarm maken normen’ van NEN zijn criteria neergelegd waaraan normen moeten voldoen. Als het gaat

42 Vgl. de missie van NEN: www.nen.nl, onder Over NEN, onder Organisatie, onder Missie.

43 Vgl. Scholten 2012.

44 Ik maakte in par. 2.2.6 een uitzondering voor dynamische verwijzing in wetgeving naar van hun afkomstige normen.

45 HR 22 juni 2012, AB 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (Knooble), r.o. 3.8; ABRvS 2 februari 2011, AB 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (City Crash), r.o. 2.4.3-2.4.4; Van Ommeren 2008, p. 85.

46 Zie hierover bijvoorbeeld Scheltema & Scheltema 2012, p. 147-148; Scheltema & Scheltema 2013, p. 8-13, 78-84.

om behoorlijkheidscriteria dan kan in het bijzonder worden genoemd dat de te maken keuzen in de norm dienen te zijn afgesteld op het te bereiken doel en een lastenverhoging voor de lasten voor de gebruiker gerechtvaardigd moet zijn. De checklist komt uitgebreid aan de orde in de paragrafen 4.2.4.2 en 4.2.5.1.⁴⁷

Bij behoorlijke normalisatie horen mijns inziens een klachtenregeling en leren van klachten. Artikel 9.3.2 Huishoudelijk reglement bepaalt dat het bureau NEN voor de door hem te leveren diensten, producten en dergelijke een klachtenregeling kent. In de praktijk gaan klachten bijvoorbeeld over tarieven voor NEN-normen of toegankelijkheid van normen, maar ook over het feit dat men zich niet gehoord voelt bij de totstandkoming van een norm.⁴⁸

De wijze van afhandeling van klachten is neergelegd in een intern document, de ‘Procesbeschrijving afhandelen van klachten’.⁴⁹ Als interne doelstelling wordt genoemd het continue verbeteren van de kwaliteit van producten en dienstverlening en als externe doelstelling het verbeteren van het imago van NEN en het verhogen van de klanttevredenheid. Onder een klacht worden verstaan schriftelijke externe uitingen van ontevredenheid over producten/diensten en eventuele dienstverlening. Klachten kunnen worden ingediend via de website van NEN en de directie. De procesbeschrijving regelt een tijdige afhandeling van de klacht. De klacht moet binnen 30 dagen afgehandeld worden. De klacht wordt voor behandeling gekwalificeerd als klacht van juridische aard of klacht die in de hoedanigheid van klant is ingediend. De procesbeschrijving voorziet in de omschrijving van de klacht, het analyseren van de aard van de klacht, de vaststelling van oorzaken van klachten en het kiezen van een oplossing in de vorm van het definiëren van ‘structurele verbetervoorstellen’. Voorstellen voor structurele verbetermogelijkheden worden ter toetsing aan de klager voorgelegd.⁵⁰ Aan klager wordt na afloop voorgelegd of hij tevreden is over afhandeling. Aan klagers wordt dan gevraagd of de klachtenbehandeling goed functioneert en of klachten op behoorlijke wijze worden afgehandeld.

Over de uitkomsten van klachtbehandelingen wordt jaarlijks gerapporteerd aan het managementteam van NEN. Nader onderzoek kan uitwijzen in welke mate lering wordt getrokken uit klachten in normalisatieprocessen.⁵¹

3.3 Waarborgen voor goede conformiteitsbeoordeling

3.3.1 Inleiding

In deze paragraaf worden aspecten besproken die, gelet op beginselen van de democratische rechtsstaat, van belang zijn als conformiteitsbeoordeling (mede)

47 NEN doc. nr. 2012-14, nrs. 1, 2, 6, 7, 10, 11, 13.

48 Met dank aan drs. Ineke ten Wolde.

49 Niet gepubliceerd, namens NEN overgelegd aan de auteur.

50 In de werkinstructie voor de ‘procesverantwoordelijke’ is opgenomen dat bij een samenvattende analyse die naar aanleiding van de klacht moet worden opgesteld ‘eventueel advies voor structurele verbetering (lessons learned)’ hoort. Niet gepubliceerd, namens NEN overgelegd aan de auteur.

51 Met dank aan drs. Ineke ten Wolde.

plaatsvindt ter behartiging van bepaalde publieke belangen. Het gaat met name om eisen van behoorlijkheid en openbaarheid.

3.3.2 Behoorlijke conformiteitsbeoordeling

Als algemene eisen waaraan conformiteitsbeoordelende instellingen bij de uitvoering van beoordelingsactiviteiten moeten voldoen, kunnen worden genoemd: niet-discriminatoire toegang en procedures, objectiviteit, specialiteit, onafhankelijkheid, onpartijdigheid, inspraak van belanghebbenden, zorgvuldigheid, procedures voor klachten, beroep en geschillen, openbaarheid en vertrouwelijkheid van gegevens. Deze eisen zijn af te leiden uit internationale en Europese standaarden.⁵² De standaarden en eisen zijn afkomstig van private organisaties. Zij krijgen betekenis in een publiekrechtelijke context bij accreditaties.

Voor zover een conformiteitsinstantie een bestuursorgaan is – dus handelingen verricht die zijn aan te merken als uitoefening van openbaar gezag (zie hierover in par. 2.3.6) – is op haar handelen hoofdstuk 2 Awb van toepassing en zijn op haar beslissingen tot verlening, weigering, intrekking, schorsing of beperking van conformiteitverklaringen hoofdstuk 3 en titel 4.1 Awb van toepassing. Belangrijke bepalingen uit deze hoofdstukken zijn in dit verband: het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4), het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (art. 3:2), de plicht tot belangenafweging (art. 3:4, eerste lid), het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4, tweede lid), het motiveringsbeginsel (art. 3:46 e.v.) en de beslistermijn (art. 4:13 e.v.). Over de betekenis van deze bepalingen is veel literatuur en jurisprudentie beschikbaar. Ik laat verdere bespreking hier achterwege. Nader onderzoek zou moeten uitwijzen of toepassing ervan in de context van conformiteitsbeoordeling specifieke vragen oproept.⁵³

Ook de Europese wetgever stelt behoorlijkheidseisen. Hierbij kan in het bijzonder gedacht worden aan de eisen voor de aanwijzing door een daartoe aangewezen aanmeldende autoriteit in een lidstaat (bijvoorbeeld een minister) van een aangeelde instantie, die bepaalde conformiteitscertificaten mag afgeven in de EU en die zijn neergelegd in een EU-verordening of EU-richtlijn (zie par. 2.3.8). In artikel R 27 van bijlage I bij Besluit 768/2008 (Referentie bepalingen voor communautaire harmonisatiewetgeving voor producten) zijn operationele verplichtingen neergelegd waaraan zij dienen te voldoen, in het bijzonder proportionaliteit in de uitvoering van de beoordelingen en voortvarendheid in maatregelen als een product niet aan de eisen voldoet.

52 Evers 2002, p. 96-101. Vgl. Gabriël-Breukers 2008, p. 55-60. Relevante internationale standaarden (eisen voor accreditatie van instellingen) voor conformiteitsbeoordeling: ISO/IEC 17020 (inspectie), ISO/IEC 17024 (persoonscertificatie), ISO/IEC 17025 (test- en kalibratielaboratoria) en ISO/IEC 17065 (certificering van producten, processen en diensten).

53 Ik merk (ten overvloede?) nog wel op dat een verantwoord gebruik van conformiteitsbeoordeling door een bestuursorgaan betekent dat is gewaarborgd dat de vervulling van taken door het bestuursorgaan voldoet aan eisen die daaraan door het recht worden gesteld, waaronder voortvarendheid, niet-vooringenomenheid, zorgvuldigheid, een kenbare en deugdelijke motivering en, indien sprake is van beleidsvrijheid, een evenwichtige afweging van de betrokken belangen.

3.3.3 Openbaarheid

Voor conformiteitsbeoordelende instellingen gelden eisen met betrekking tot de openbaarheid van gegevens. Op grond van internationale standaarden dienen zij onder meer informatie te verschaffen over zaken als: de regels en procedures voor het verlenen, verlengen, schorsen en intrekken van conformiteitsverklaringen, de beoordelingscriteria en methoden van onderzoek, de wijze waarop een conformerende instelling financiële steun ontvangt, de kosten van conformiteitsbeoordeling, rechten en plichten van aanvragers, eisen en beperkingen voor houders van conformiteitsverklaringen ten aanzien van het gebruik van het merkteken en de conformiteitsverklaring van de beoordelende instelling. Ik ga nu verder in op openbaarheid van bestanden met conformiteitsverklaringen en van beoordelingsrichtlijnen, de opvraagbaarheid van beslissingen inzake conformiteitsverklaringen en van gegevens die aan een conformiteitsbeoordeling ten grondslag liggen.

Niet voor alle typen conformiteitsbeoordelingen, maar wel voor conformiteitsbeoordelingen van managementsystemen is bepaald dat er een openbaar bestand dient te zijn van afgegeven conformiteitsverklaringen. In de internationale standaarden voor certificatie voor personen en die voor certificatie van producten, processen en diensten wordt dit niet voorgeschreven.⁵⁴

Op een conformiteitsbeoordelingsinstantie die een bestuursorgaan is, zijn de actieve openbaarheidsverplichtingen van de Wob van toepassing. Actieve openbaarheid betekent uit eigen beweging informatie verschaffen ‘zodra dit in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering’ (art. 8, eerste lid, Wob). Tot de actieve openbaarheid kan mijns inziens worden gerekend de publicatie op een voor ieder toegankelijke website van verleningen, schorsingen en intrekkingen van conformiteitsverklaringen.

Er blijkt behoefte (bij bestuursorganen en anderen) te bestaan aan een (centraal) databestand waarin alle conformiteitsverklaringen die op grond van wettelijke voorschriften moeten worden afgegeven, zijn opgeslagen. Het opzetten van databestanden blijkt in de praktijk echter met voetangels en klemmen te zijn omgeven.⁵⁵

Door een conformiteitsbeoordelingsinstantie gehanteerde beoordelingscriteria en methoden van onderzoek moeten volgens internationale standaarden openbaar zijn. Dit brengt mee dat de inhoud van beoordelingsrichtlijnen die de basis zijn van een

54 De eisen zijn neergelegd in afzonderlijke standaarden voor instellingen die audits en certificatie van managementsystemen of certificatie van personen uitvoeren of certificaten toekennen aan producten, processen en diensten. Zie in het bijzonder voorschrift 4.5 en 8.1.1 in NEN-EN-ISO/IEC 17021-1:2015 (eisen voor instellingen die audits en certificatie van managementsystemen uitvoeren), voorschrift 7.2.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17024:2012 (algemene eisen voor instellingen die certificatie van personen uitvoeren) en voorschrift 4.6 in NEN-EN-ISO/IEC 17065:2012 (eisen voor instellingen die certificaten toekennen aan producten, personen en diensten). Zie ook Evers 2002, p. 100-101.

55 Kamerstukken II 2003/04, 29304 (Kabinetsstandpunt over het gebruik van certificatie en accreditatie in het kader van overheidsbeleid), nr. 1, p.19-22; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 34, 38-41; Eijlander 2008.

bepaalde conformiteitsbeoordeling openbaar worden gemaakt, dus bijvoorbeeld op een website zijn te vinden.⁵⁶ Bepaalde conformiteitsbeoordelende instellingen (of schemabeheerders) doen dat, andere doen dat (nog) niet. Toegankelijkheid op zich is in het belang van transparantie, voor alle marktpartijen. Toezichthoudende ambtenaren hebben iets aan informatie van beoordelende instellingen als die voor hen hanteerbaar is: welke normen zijn toegepast, op welke wijze is de naleving gecontroleerd en is de informatie verzameld en vastgelegd?⁵⁷ Concurrentie tussen conformiteitsbeoordelingsinstanties kan belemmeringen opleveren voor openbaarmaking van beoordelingsrichtlijnen. Meer dan tien jaar geleden constateerden Eijlander e.a. dat het met de verkrijgbaarheid van de documenten waaraan de beoordelende instellingen toetsen, soms droevig is gesteld.⁵⁸ De vraag is hoe de stand van zaken op dit vlak nu is.

Voor conformiteitsbeoordelingen van managementsystemen en personen is voorgeschreven dat bij de instantie voor een ieder *opvraagbaar* moet zijn of daarvoor een conformiteitsverklaring is afgegeven en wat de status ervan is. De verlening, geldigheid, schorsing en intrekking van deze verklaringen moeten in beginsel voor een ieder kenbaar zijn. Een dergelijk voorschrift is niet opgenomen in de internationale standaard voor certificatie van producten, personen en diensten.⁵⁹

In hoeverre bevindingen van een conformiteitsbeoordelingsinstantie die ten grondslag liggen aan een beslissing van een conformiteitsbeoordelende instantie opvraagbaar zouden moeten zijn, is een andere kwestie. In de internationale standaarden is vertrouwelijkheid in de relatie tussen cliënt en conformiteitsbeoordelingsinstantie een belangrijke eis.⁶⁰ Eisen van openbaarheid in standaarden hebben geen betrekking op bevindingen in onderzoeken die de instantie bij een cliënt heeft uitgevoerd. Die zijn vertrouwelijk, tenzij de cliënt toestemming geeft voor bekendmaking aan een bepaald persoon. In de standaarden wordt ook een uitzondering gemaakt voor gevallen waarin de instantie wettelijk verplicht is bepaalde informatie prijs te geven. Als informatie in verband daarmee wordt prijsgegeven, moet de betrokkene in beginsel vooraf op de hoogte worden gesteld van de informatie die zal worden verstrekt.⁶¹

56 Eveneens voorschrift 4.5 en 8.1.1 in NEN-EN-ISO/IEC 17021-1:2015, voorschrift 7.2.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17024:2012 en voorschrift 4.6 in NEN-EN-ISO/IEC 17065:2012.

57 Gabriël-Breukers 2008, p. 326; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 38-40, Evers 2004, p. 210.

58 Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 38-40.

59 Zie in het bijzonder voorschrift 8.1.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17021-1:2015, voorschrift 7.2.1 in NEN-EN-ISO/IEC 17024:2012. In laatstgenoemd voorschrift wordt voor bekendmaking op verzoek een uitzondering gemaakt 'where the law requires such information not to be disclosed.' Zie ook Evers 2002, p. 100-101.

60 Zie voorschrift 4.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17020:2012, waarin algemene criteria zijn neergelegd voor het functioneren van verschillende instellingen die keuringen uitvoeren, voorschrift 4.6 en 8.4 in NEN-EN-ISO/IEC 17021-1:2015, voorschrift 7.3 in NEN-EN-ISO/IEC 17024:2012 en voorschrift 4.5 in NEN-EN-ISO/IEC 17065:2012.

61 Voorschrift 4.2.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17020:2012 en voorschrift 7.3.3 in NEN-EN-ISO/IEC 17020:2012. Zie ook Freriks 2008, p. 214-217.

Ook als een onderzoek heeft geresulteerd in de beslissing een conformiteitsverklaring te weigeren, wordt dat volgens de standaarden niet aan de openbaarheid prijsgegeven, gelet op in acht te nemen vertrouwelijkheid.

Eijlander e.a. stelden in 2003 vast dat, behalve bij een kleine kring van specialisten, vaak tamelijk onbekend is wat precies geschiedt bij een conformiteitsbeoordeling en dat het vaak lastig is om relevante informatie boven tafel te krijgen.⁶² Betrouwbaarheid van conformiteitsverklaringen is daardoor soms moeilijk te beoordelen.⁶³

Hoever de verplichtingen van conformiteitsbeoordelingsinstanties reiken om op verzoek informatie te verstrekken wordt, ingeval zij bestuursorgaan zijn of onder verantwoordelijkheid van een dergelijk orgaan werkzaam zijn, bepaald door de Wob. Ingevolge artikel 3, eerste lid, Wob, kan eenieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. Dit is de zogenoemde *passieve* openbaarheidsverplichting. Artikel 3, derde lid, Wob bepaalt dat verzoeker bij zijn verzoek geen belang hoeft te stellen.⁶⁴

In jurisprudentie wordt het begrip bestuurlijke aangelegenheid ruim uitgelegd.⁶⁵ Voor een conformiteitsbeoordelingsinstantie die onder de Wob valt, geldt de *passieve* openbaarheidsverplichting voor beslissingen van de instelling tot verlening, weigering, schorsing en intrekking van een conformiteitsbeoordeling en de daaraan ten grondslag liggende rapporten en alle documenten die verband houden met de taak die zij op grond van de wet vervult.

In artikel 10 Wob zijn gronden genoemd waarop een verzoek om informatie, al dan niet na een verdere belangenafweging, moet worden afgewezen (relatieve onderscheidenlijk absolute weigeringsgronden).⁶⁶ Bij conformiteitsbeoordelingsinstanties kunnen zich in dit kader complicaties voordoen. Openbaarheid kan een spanning opleveren met het uitgangspunt van vertrouwelijkheid en met het belang van effectiviteit van conformiteitsbeoordeling.

Veel belangwekkende Wob-jurisprudentie gaat over de in beginsel absolute weigeringsgrond die is neergelegd in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob, 'bedrijfs- en fabricagegegevens voor zover deze door natuurlijke of

62 Terwijl de beoordelende private instellingen op grond van internationale normen dienen te beschikken over klacht- en beroepsprocedures om geaccrediteerd te kunnen worden (zie thans art. 9 Verordening (EG) nr. 765/2008), zou in de praktijk voor derden lang niet altijd even duidelijk zijn waar men terecht kan met een klacht, wat de procedure is en hoe en door wie klachten worden afgehandeld. Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 22-23 en 38-39. Is hierin inmiddels verandering ten goede opgetreden? Vgl. Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 74.

63 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 74; vgl. De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999, p. 96.

64 Zie onder meer ABRvS 25 april 2000, AB 2000, 210, m.nt. S.E. Zijlstra; ABRvS 13 augustus 2003, AB 2003, 446, m.nt. P.J. Stolk.

65 Zie onder meer ABRvS 1 september 2010, AB 2010, 313, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 21 januari 2009, AB 2009, 94, m.nt. E.J. Daalder; ABRvS 3 oktober 2007, JB 2007/212, m.nt. M.O-V; ABRvS 12 september 2007, AB 2007, 338, m.nt. PJS; ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7618. Zie ook Daalder 2011, p. 158-165.

66 De informatie moet ook worden geweigerd indien art. 11 Wob van toepassing is. Ik ga hierop hier niet verder in.

rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld'.⁶⁷ Bedrijfs- en fabricagegegevens zijn slechts die gegevens waaruit wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers. Deze uitzondering dient volgens de jurisprudentie echter restrictief te worden uitgelegd.⁶⁸ Zij kan worden ingeroepen als openbaarmaking een aantasting vormt van het economisch belang dat met bescherming van concurrentiegevoelige gegevens is gemoeid.⁶⁹ Openbaarmaking van gegevens die zijn verkregen bij een conformiteitsbeoordeling kan de concurrentiepositie van een bedrijf aantasten. Het kan ertoe leiden dat een bedrijf bij een conformiteitsbeoordelingsinstantie wegl loopt.

Van de relatieve weigeringsgronden is het 'belang van inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen' (art. 10, tweede lid, aanhef en onder d, Wob) relevant. Deze uitzonderingsgrond heeft betrekking op de bescherming van bronnen alsmede op de handhaving van de vertrouwelijkheid van de gebruikte methoden om aan informatie te komen.⁷⁰ Een afwijzing op deze grond kan eerst slagen als de bemoeilijking van de taakuitoefening door de betrokken instantie voldoende aannemelijk is gemaakt. De Afdeling betreft bij haar oordeel of de instantie over een zelfstandige bevoegdheid tot het verrichten van onderzoek beschikt, zodat zij niet louter afhankelijk is van vrijwillige meldingen.⁷¹ Aan conformiteitsbeoordelingsinstanties zullen in beginsel geen bevoegdheden zijn toegekend tot aanwijzing van toezichthouders als bedoeld in artikel 5:11 Awb die op hun beurt zijn uitgerust met bevoegdheden als bedoeld in artikel 5:15 e.v. Awb. Informatie wordt door een bedrijf vrijwillig verstrekt om in aanmerking te (blijven) komen voor een conformiteitsverklaring. Dat vergroot wellicht mogelijkheden om een beroep te doen op artikel 10, tweede lid, aanhef en onder d, Wob.

Verstrekken van gegevens door een conformiteitsbeoordelingsinstantie aan in het bijzonder een (ander) bestuursorgaan of een door dit orgaan aangewezen toezichthouder ex

67 Indien de vertrouwelijk verstrekte bedrijfs- en fabricagegegevens tegelijk milieu-informatie bevatten, is de weigeringsgrond overigens relatief en moet op grond van art. 10, vierde lid, Wob een afweging plaatsvinden tussen het belang van openbaarmaking en het belang van de bedrijfs- en fabricagegegevens ofwel het economisch belang bij niet-openbaarmaking. Heeft de milieu-informatie betrekking op emissies dan is de weigeringsgrond ingevolge art. 10, vierde lid, Wob niet van toepassing.

68 ABRvS 9 april 2003, AB 2003, 201, m.nt. E.J. Daalder; ABRvS 11 juli 2007, AB 2007, 273, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 29 april 2008, AB 2008, 209; ABRvS 11 maart 2009, AB 2009, 142; ABRvS 4 november 2009, AB 2010, 28, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 3 februari 2010, AB 2010, 130; ABRvS 16 maart 2011, AB 2011, 206, m.nt. P.J. Stolk, Gst. (2011) 7352, 45, m.nt. C.N. van der Sluis; ABRvS 30 mei 2012, AB 2012, 218, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 6 juni 2012, AB 2012, 241, m.nt. P.J. Stolk.

69 Zie over de jurisprudentie Daalder 2011, p. 300-316.

70 Daalder 2011, p. 340 en daarin opgenomen jurisprudentieverwijzingen.

71 Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 maart 2006, JB 2006/124, m.nt. O.-V, AB 2006, 319, m.nt. PJS, r.o. 2.6; ABRvS 27 april 2011, AB 2011, 2014, m.nt. P.J. Stolk, r.o. 2.5; ABRvS 22 maart 2006, AB 2006, 319; Rb. Utrecht 5 april 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AT3200; Rb. 's-Hertogenbosch 26 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN3026. Zie over deze weigeringsgrond: Daalder 2011, p. 342-344 en daarin opgenomen jurisprudentieverwijzingen.

artikel 5:11 Awb, kan extra dilemma's opleveren. Bedrijven kunnen terughoudend of calculerend zijn met het verstrekken van informatie aan de instantie, omdat zij er rekening mee houden dat de informatie kan worden doorgegeven. Dit is de zogenoemde 'transparantieparadox'.⁷² Dit kan vragen om enige terughoudendheid bij het uitoefenen van bevoegdheden als toezichthouder jegens een conformiteitsbeoordelingsinstantie.⁷³

3.4 Betekenis van Unierecht: een open markt

In deze paragraaf wordt besproken welke betekenis mededingingsregels en de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en diensten en daarmee verband houdende regels in het Unierecht kunnen hebben voor normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Het gaat om een ruwe schets.

3.4.1 Bevoegdheden en procedurele verplichtingen in het belang van het vrije verkeer bij normalisatie

In de al eerder genoemde Verordening betreffende normalisatie (1025/2012)⁷⁴ is de positie van de Europese normalisatie-instellingen en de Commissie ten opzichte van de nationale normalisatie-instellingen (iets) verstevigd in vergelijking met die in Richtlijn 98/34/EG (Notificatierichtlijn).⁷⁵ Dit werd in het belang geoordeeld van de doelstellingen van de Europese Unie, in het bijzonder het bevorderen van verhandelbaarheid van goederen en diensten. Europese normalisatie wordt gezien als een belangrijk instrument om wetgeving en beleid van de Unie bij het realiseren van deze doelstelling te ondersteunen. Nationale normalisatie moet daar geen nieuwe belemmeringen voor opwerpen. Europese normen kunnen in de plaats komen van nationale normen die handelsbelemmeringen binnen de Unie kunnen opwerpen. De nationale normen kunnen dat belemmerende effect hebben, doordat zij elkaar kunnen tegenspreken of doordat zij hindernissen voor buitenlandse fabrikanten en leveranciers kunnen opwerpen als zij willen toetreden tot een nationale markt.⁷⁶

De Normalisatieverordening voorziet in instrumenten waarmee de Commissie en Europese normalisatie-instellingen kunnen voorkomen dat nationale normalisatienormen de totstandkoming en doorwerking van Europese geharmoniseerde normen blokkeren.

72 Van Gestel 2005, p. 10-11; Van Gestel 2008, p. 156; De Moor-van Vugt 2001, p. 23-27.

73 Volgens het kabinetstandpunt over certificatie en accreditatie zou dan ook bij wettelijk geregelde conformiteitsbeoordeling bepaald dienen te worden dat de informatieplicht van de beoordelende instelling zich moet beperken tot ernstige en incidentele zaken. Hierbij kan worden gedacht aan 'ernstige onrechtmatigheden', schorsingen of intrekkingen van conformiteitsverklaringen of fraudegevallen. Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 17-18. De informatie kan echter wel worden opgevraagd bij certificaathouders. Mocht een conformiteitsbeoordelende instelling blijven haar werk niet goed te doen, dan kan dat worden gemeld bij de RvA. Vgl. Kamerstukken II 2014/15, 29304, nr. 5, p. 4.

74 In werking sinds 1 januari 2013 (art. 30 Verordening).

75 PbEG 1998, L 204/37.

76 COM (2011)315 definitief, p. 1-2.

De nationale normalisatie-instellingen mogen zich er niet tegen verzetten dat een normalisatieonderwerp van hun werkprogramma op Europees niveau wordt behandeld volgens de voorschriften van de Europese normalisatieorganisaties, en geen maatregelen nemen die aan een beslissing ter zake afbreuk kunnen doen (art. 3, vijfde lid, Verordening). Gedurende het opstellen van een geharmoniseerde Europese norm of na goedkeuring ervan mogen nationale normalisatieorganisaties geen actie ondernemen die afbreuk doet aan de nagestreefde harmonisatie en geen nieuwe of herziene norm bekendmaken die niet volledig in overeenstemming is met een bestaande geharmoniseerde norm. Na de bekendmaking van een nieuwe geharmoniseerde Europese norm worden alle strijdige nationale normen binnen een redelijke termijn ingetrokken (art. 3, zesde lid, Normalisatieverordening).⁷⁷

Er is verder in voorzien dat de Commissie en de Europese normalisatie-instellingen op de hoogte kunnen raken van voornemens van de nationale normalisatie-instellingen (art. 3, eerste tot en met vierde lid, Normalisatieverordening) en desgevraagd op de hoogte worden gesteld van de inhoud van hun ontwerpnormen (art. 4, eerste lid, Verordening). Met opmerkingen van Europese of andere nationale normalisatie-instellingen of de Commissie over een ontwerp dienen zij naar behoren rekening te houden (art. 4, tweede lid, Verordening). Als een nationale normalisatie-instelling opmerkingen ontvangt die erop wijzen dat de ontwerpnorm negatieve gevolgen zou hebben voor de interne markt, pleegt zij, alvorens deze vast te stellen, overleg met de Europese normalisatieorganisaties en de Commissie (art. 4, derde lid, Verordening).⁷⁸

De nationale normalisatie-instellingen dienen er verder voor te zorgen dat:

- a. hun ontwerpnormen op zodanige wijze bekendgemaakt worden dat in andere lidstaten gevestigde partijen er opmerkingen over kunnen maken;
- b. de andere nationale normalisatie-instellingen passief of actief aan de geplande activiteiten kunnen deelnemen door een waarnemer te zenden (art. 4, vierde lid, Verordening).

3.4.2 Fundamentele vrijheden van het VWEU

De fundamentele vrijheden van het VWEU kunnen van betekenis zijn voor normalisatie en conformiteitsbeoordeling wanneer de normalisatienormen of certificaten een gelijke of vergelijkbare werking hebben als wetgeving of bestuursbesluiten. Zij kunnen ook van betekenis zijn als op andere wijze door de overheid wordt bewerkstelligd dat een norm van een normalisatie-instelling wordt gevolgd of dat een product niet wordt verhandeld zonder dat het voorzien is van een bepaalde conformiteitsverklaring.

⁷⁷ In vergelijking met de Notificatierichtlijn is het instrumentarium mede hierdoor iets omvangrijker.

⁷⁸ Een dergelijke bepaling ontbreekt in de Notificatierichtlijn. Zij ontbreekt overigens ook in het oorspronkelijke voorstel voor de verordening (COM (2011)315).

3.4.2.1 Betekenis voor in het bijzonder normalisatie

Nationale normalisatienormen mogen in beginsel betrekking hebben op producten of systemen voor zover daarvoor geen Europese normen zijn vastgesteld. Bij de nationale normalisatienormen kan echter de vraag knellen of zij geen onge-rechtvaardigde belemmeringen opwerpen voor grensoverschrijdende handel.

Ingevolge artikel 34 VWEU zijn kwantitatieve invoerbepeningen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten in beginsel verboden. Beperkingen van het vrije verkeer zijn toegestaan als zij zijn gerechtvaardigd op basis van een van de in artikel 36 VWEU genoemde gronden (bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, enz.) of om dringende redenen van algemeen belang die erkend zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁷⁹ Een beroep op een dwingende reden van algemeen belang is slechts mogelijk als ter zake geen geharmoniseerde regeling bestaat, de maatregel non-discriminatoir is, het belang waarop een beroep wordt gedaan geen economisch belang is en wordt voldaan aan het evenredigheidsvereiste. Het evenredigheidsvereiste houdt in dat een beroep noodzakelijk moet zijn om het nagestreefde belang te beschermen, daarvoor geschikt moet zijn en niet verder mag gaan dan daarvoor nodig is.⁸⁰

Op bepalingen in het VWEU inzake de fundamentele vrijheden (zoals het vrije verkeer van goederen) kunnen particulieren zich ten overstaan van de overheid beroepen. Dit is de zogenoemde (verticale) rechtstreekse werking. Het ligt in de rede dat daarvan ook sprake is voor zover de wetgever in een lidstaat direct naar door nationale normalisatie-instellingen vastgestelde normen verwijst en adres-saten aldus aan deze normen gebonden worden, gelijk aan wetgeving. In ieder geval zal de lidstaat zelf kunnen worden aangesproken op inachtneming van het bepaalde in artikelen 34 en 36 VWEU.⁸¹ Dit geldt waarschijnlijk ook voor de betreffende nationale normalisatie-instelling (zoals NEN).

Als de wetgever niet direct naar normen verwijst, maar toepassing van de norm als gevolg van de wettelijke regeling de enige wijze blijkt te zijn om aan te tonen dat aan een bepaalde wettelijke eis wordt voldaan, kunnen artikelen 34 en 36 VWEU door een particulier worden ingeroepen tegen de normalisatie-instelling (horizontale rechtstreekse werking). Dit kan worden afgeleid uit het arrest *Fra.bo SpA*.⁸²

79 HvJ EG 20 februari 1979, zaak C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

80 Zie HvJ EG 20 september 1988, zaak C-302/86, ECLI:EU:C:1988:421 (*Deense flessen*); Barents & Brinkhorst 2012, p. 500, 503-504 en daarin opgenomen verwijzingen.

81 Vgl. HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, AB 2003, 377, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt, EHRC 2003/64, m.nt. A. Woltjer, NJ 2004, 56 (*Schmidberger*); HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265-95, AB 1998, 95, m.nt. F.H. van der Burg (*Spaanse aardbeien*). Ook wanneer het gaat om handelingen van particulieren is de staat aansprakelijk wanneer hij verzuimt om de noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde het vrij verkeer van goederen te waarborgen.

82 HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-171/11, NJ 2012, 580, JB 2012/196, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele (*Fra.bo SpA*). Vgl. Van Gestel & Micklitz 2013, p. 175. Of een instelling volgens het nationale recht als een overheidsorgaan kan worden aangemerkt is voor het Hof op zich niet relevant om te bepalen of een door deze instelling genomen beslissing van de staat afkomstig is. Vgl. HvJ EG 24 november 1982, zaak C-249/81, ECLI:EU:C:1982:402 (*Buy Irish*). Zie over relativering van het onderscheid

Het Oberlandesgericht Düsseldorf zag zich gesteld voor de vraag of een privaatrechtelijke vereniging die onder andere technische normen voor producten op het gebied van de drinkwatervoorziening vaststelt en aan de hand van die normen producten certificeert respectievelijk laat certificeren, de beginselen van het vrije verkeer van goederen in acht moet nemen bij de uitoefening van deze activiteiten, wanneer aan deze gecertificeerde producten op hun beurt het wettelijk vermoeden is verbonden dat zij beantwoorden aan de wettelijke vereisten die gelden voor de op het gebied van de drinkwatervoorziening gebruikte producten. Het Hof van Justitie heeft, naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het genoemde Oberlandesgericht, de vraag naar toepasselijkheid van artikel 34 VWEU (destijds art. 28 EG-Verdrag) in een dergelijke situatie positief beantwoord. Het verklaarde voor recht dat het bepaalde in artikel 34 VWEU aldus moet worden uitgelegd 'dat het van toepassing is op de normerings- en certificeringsactiviteiten van een privaatrechtelijke organisatie wanneer de nationale wetgeving de door deze organisatie gecertificeerde producten als in overeenstemming met de wet beschouwt en dit de verhandeling van producten die door deze organisatie niet zijn gecertificeerd, bemoeilijkt'.⁸³

3.4.2.2 Betekenis voor in het bijzonder conformiteitsbeoordeling

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie als bestuursorgaan kwalificeert, zullen de bepalingen inzake de fundamentele vrijheden (veelal) verticale rechtstreekse werking hebben. De certificerende instelling dient rekening te houden met de toepasselijkheid van artikel 34 VWEU voor zover de certificering en/of de inspectieschema's niet berusten op Europese normen en zij belemmeringen kunnen opleveren voor het handelsverkeer. Daarnaast kan artikel 34 VWEU door een particulier tegen een conformiteitsbeoordelingsinstantie worden ingeroepen (horizontale rechtstreekse werking), als de wet bepaalt dat een product alleen verhandeld en gebruikt mag worden als het voldoet aan bepaalde voorschriften en dat het product in beginsel als in overeenstemming met deze voorschriften wordt aangemerkt als het van een bepaald keurmerk van een nationale conformiteitsbeoordelende instantie is voorzien. Ook dit valt af te leiden uit het arrest-Fra.bo SpA. Van belang was dat de betreffende wettelijke regeling weliswaar een andere werkwijze dan de certificering door de genoemde privaatrechtelijke instelling toeliet, maar de 'administratieve moeilijkheden' deze andere werkwijze 'weinig tot niet haalbaar maken'. Bovendien was gebleken dat in de praktijk nagenoeg alle Duitse consumenten enkel de door de Duitse instelling gecertificeerde koperfittings kochten.⁸⁴

Het arrest-Fra.bo SpA lijkt op het eerste gezicht geen gevolgen te hebben voor conformiteitsverklaringen die niet wettelijk verplicht gesteld en ook niet feitelijk

tussen verticale rechtstreekse werking en horizontale werking en de grens tussen 'publiek' en 'privaat' bijvoorbeeld Lohse 2007, p. 164-167, 179.

83 HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-171/11 (Fra.bo SpA), r.o. 29-30, 32. Zie ook de conclusie van A-G Trstenjak, zaak C-171/11, par. 36-39, 47 en 51-60.

84 HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-171/11 (Fra.bo SpA), r.o. 29, 30, 32. Vgl. HvJ EG 13 maart 2008, zaak C-227/06, ECLI:EU:C:2008:160 (Commissie/België).

verplicht zijn.⁸⁵ Het is echter mogelijk dat het Hof in de toekomst een ruimere toepasselijkheid van bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen op handelen van private instellingen aanneemt, dus ook bij vrijwillige conformiteitsbeoordeling toepasselijkheid aanneemt.⁸⁶

3.4.3 EU-mededingingsregels

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn economische activiteiten waarop in beginsel het mededingingsrecht van toepassing is. Zij mogen niet bijdragen aan marktafsluiting. Uitzonderingen komen in beeld als de normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instelling overheidsactiviteiten verricht. Wanneer dat het geval is, is geen eenvoudige kwestie. Zij komt hieronder – op verkennende wijze – aan de orde.

3.4.3.1 Betekenis voor normalisatie

Op normalisatie-instellingen is in beginsel het EU-mededingingsrecht van toepassing, voor zover zij ondernemersverenigingen zijn in de zin van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag.⁸⁷ Zij mogen dus geen besluiten nemen of afspraken maken die het doel of effect hebben dat de concurrentie beperkt wordt (art. 101 VWEU).

Als standaardisatiemaatregelen de opzet hebben om tegen te gaan dat deelnemers aan de standaardisatieregeling elkaar door differentiatie van hun producten concurrentie aandoen, mag dat voor de Commissie een grond zijn vervalsing van vrije mededinging aan te nemen.⁸⁸

Voor zover sprake is van een machtspositie op de markt, mag daarvan geen misbruik worden gemaakt (zie art. 102 VWEU).

In de in 2011 door de Commissie vastgestelde herziene richtsnoeren die ondernemingen moeten helpen om te bepalen of hun samenwerkingsovereenkomsten verenigbaar zijn met de mededingingsvoorschriften en die zijn gebaseerd op art. 101, eerste en derde lid, VWEU, stelt zij vast dat het vaststellen van normalisatienormen onder omstandigheden mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben doordat mogelijk 'de prijsconcurrentie kleiner wordt en de productie, de markten, de innovatie of de technische ontwikkeling worden afgeremd of beperkt. Dit kan zich in hoofdzaak op drie manieren voordoen, te weten door vermindering van de prijsconcurrentie, door afsluiting van de toegang tot innoverende technologieën en door uitsluiting van of discriminatie tegen

85 Vgl. HvJ EG 6 juni 2002, zaak C-159/00 (*Sapod Audic*).

86 Vgl. Steyger 2012, p. 2114-2121, i.h.b. p. 2115-2116, 2121; vgl. tevens de noot van De Waele onder het arrest *Fra.bo SpA*, JB 2012/196 onder punt 2 en de daarin opgenomen verwijzingen.

87 Zie COM (2011)315, p. 11; Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEU 2011, C 11/1.

88 Zie HvJ EG 11 juli 1989, zaak C-246/86, ECLI:EU:C:1989:301 (*Belasco/Commissie*), r.o. 29-31, 43-45, 49-53; Schepel 2005, p. 309-312.

bepaalde ondernemingen waaraan daadwerkelijke toegang tot de norm wordt ontzegd.’⁸⁹

Aangenomen mag worden dat nationale normalisatie-instellingen als ondernemingsverenigingen zijn te kwalificeren. Het onderdeel vereniging in het begrip ondernemersvereniging wordt niet formeel uitgelegd. Voldoende is dat sprake is van een associatie. Binnen de structuur van een nationale normalisatie-instelling als NEN werken ondernemingen samen, zodat zij is aan te merken als een associatie van ondernemingen. De besluiten die door de associatie worden genomen behoeven voor de toepasselijkheid van de mededingingsregels niet bindend te zijn. Een associatie van ondernemingen valt onder de mededingingsregels als haar beslissingen gevolgen hebben voor activiteiten die binnen de sfeer van het economisch verkeer vallen. Normalisatie is vaak een activiteit waarbij (technische) reken-, meet- of regelmethode worden gestandaardiseerd waarmee wordt vastgesteld of de prestaties van een product aan bepaalde eisen voldoen en dat heeft gevolgen voor het verkeer in goederen of diensten.⁹⁰

De ‘voorbereiding en uitwerking van technische normen als onderdeel van de uitoefening van het openbaar gezag’ valt niet binnen het toepassingsgebied van deze richtsnoeren.⁹¹ Dit is het geval als de werkzaamheden van de instantie, wegens de aard en het doel ervan en de regels waaraan zij zijn onderworpen, neerkomen op het uitoefenen van typische overheidsprerogatieven.⁹² Wanneer van het laatste sprake is, lijkt niet uitgekristalliseerd te zijn.

Op basis van jurisprudentie over artikel 106, tweede lid, VWEU, is wel een meer algemene schets te geven wanneer mededingingsregels niet van toepassing zijn in verband met de aard van een activiteit (meer over dit artikellid in par. 3.4.3.2). Bij een overheidsmaatregel dient expliciet de behartiging van een bepaalde taak in het algemeen belang te zijn opgedragen aan de betrokken instantie.⁹³ Nationale autoriteiten en rechterlijke instanties moeten kunnen vaststellen in hoeverre het in verband daarmee nodig is dat mededingingsregels voor vervulling van een taak buiten toepassing blijven en wat dat betekent voor de verhoudingen tussen betrokken marktdeelnemers.⁹⁴

⁸⁹ PbEU 2011, C 11/57.

⁹⁰ Dit wordt erkend in de ‘Checklist lastenarm maken normen’ van NEN.’ NEN doc. nr. 2012-14, nrs. 10 en 12.

⁹¹ PbEU 2011, C 11/56.

⁹² Zie onder meer HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (Eurocontrol), r.o. 30; HvJ EG 26 maart 2009, zaak C-113/07, ECLI:EU:C:2009:191 (Selex Sistemi Integrati); HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160 (Diego Cali), r.o. 23; HvJ EU 28 februari 2012, zaak C-1/12, ECLI:EU:C:2013:81 (Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas), r.o. 40; HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (Wouters), r.o. 57; PbEU 2011, C 11/56; Barents & Brinkhorst 2012, p. 561 en daarin opgenomen verwijzingen.

⁹³ HvJ EG 27 maart 1974, zaak C-127-73, ECLI:EU:C:1974:25 (BRT/SABAM), r.o. 20-23; HvJ EG 2 maart 1983, zaak C-7/82, ECLI:EU:C:1983:52 (GVL/Commissie), r.o. 31-32.

⁹⁴ HvJ EG 11 april 1989, zaak C-66/86, ECLI:EU:C:1989:140 (Ahmed Saeed), r.o. 55-56; HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-159/94, ECLI:EU:C:1997:501 (Commissie/Frankrijk), i.h.b. r.o. 55-59, 66, 68, 95, 101.

De hoofdregel is dat mededingingsregels op normalisatie van toepassing zijn. Bij normalisatieactiviteiten van nationale instellingen die door verwijzing door de wetgever of op andere wijze doorwerken in overheidsoptreden en aldus juridisch of feitelijk een verplichtend karakter krijgen, is het de vraag of een uitzondering van toepassing kan zijn. Er moet geen risico zijn dat de mededinging wordt vervalst. Het kan dan ook in ieder geval niet de bedoeling zijn dat de niet-toepasselijkheid van mededingingsregels in voorkomende gevallen aangenomen zou moeten worden enkel en alleen omdat een nationale wetgever naar bepaalde normen verwijst. Uit jurisprudentie van het Hof is op te maken dat mededingingsregels door een lidstaat worden geschonden als ondernemingsgedragingen die in strijd zijn met artikel 101, eerste lid, VWEU, zijn opgelegd of worden bevorderd door een nationale wettelijke regeling en daardoor de gevolgen van die gedragingen worden gewettigd of versterkt. Dat zou betekenen dat als in wetgeving naar een norm wordt verwezen op zodanige wijze dat een verplichting in het leven is geroepen om die norm toe te passen, terwijl die norm een daad is van oneerlijke mededinging doordat zij resultaat is van een normalisatieproces waarin marktafsluiting heeft plaatsgevonden, de lidstaat artikel 101 VWEU schendt. De artikelen 101 en 102 VWEU verbieden lidstaten maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepalingen hun nuttig effect kunnen ontnemen.⁹⁵ Aangenomen mag worden dat een lidstaat artikel 101 VWEU ook schendt wanneer geen sprake is van een dwingende verwijzing naar een norm in wetgeving, maar wel van wetgeving die tot gevolg heeft dat er feitelijk een verplichting is om een norm toe te passen, terwijl die norm is aan te merken als een resultaat van een daad van oneerlijke mededinging.⁹⁶

Normalisatie komt niet in strijd met mededingingsregels als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. De Commissie stelt in de richtsnoeren dat '(w)anneer deelname aan de standaardisering voor eenieder open staat en de procedure voor de vaststelling van de betrokken norm transparant is, (...) standaardiseringsovereenkomsten die geen verplichting opleggen om zich aan de norm te houden en die op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang verlenen tot de norm, normaal gesproken niet mededingingsbeperkend (zullen) zijn in de zin van artikel 101, lid 1'.⁹⁷

In de 'Checklist lastenarm maken normen' van NEN wordt expliciet aandacht besteed aan het voorkomen van marktafsluiting door normen.⁹⁸ Het secretariaat van de normcommissies is een verantwoordelijkheid van NEN. Vanuit die hoedanigheid bewaakt NEN wat er op een agenda van een normcommissie komt. Ook dat kan gezien worden als een instrument om te voorkomen dat deelnemers

95 Vgl. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (CIF), r.o. 45-46, 50-51, 58. Zie ook HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner en Elser), r.o. 26-27; HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (Elliniki Radiophonia Tileorassi), r.o. 35.

96 HvJ EG 1 oktober 1987, zaak C-311/85, ECLI:EU:C:1987:418 (VZW Vereniging van Vlaamse Reishuizen), r.o. 10, 23-24. Vgl. over een en ander Schepel 2015, p. 316-317 en 320-337 inclusief verwijzingen.

97 PbEU 2011, C 11/59.

98 Met dank aan mr. Rien Huige.

aan normalisatie gaan proberen zaken onderling te regelen, met uitsluiting van andere belanghebbende groeperingen.⁹⁹

Artikel 101, derde lid, VWEU noemt omstandigheden waaronder het verbod van artikel 101, eerste lid, VWEU buiten toepassing kan worden verklaard. In de richtsnoeren stelt de Commissie dat normen vaak tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen leiden. Zij kunnen transactiekosten voor verkopers en kopers vermindere en de keuzes voor consumenten vergemakkelijken. Normen die communicatie en samenwerking tussen systemen of apparaten bewerkstelligen of ervoor zorgen dat zij samen kunnen worden gebruikt, moedigen vaak concurrentie aan. Normen kunnen zorgen voor innovatie.¹⁰⁰ Bij de beslissing of aan de voorwaarden van artikel 101, derde lid, VWEU wordt voldaan 'moet rekening worden gehouden met de vermoedelijke gevolgen ervan voor de betrokken markt of markten aan de ene kant, en met de reeks van beperkingen die mogelijk verder gaan dan het doel om efficiëntieverbeteringen te bereiken, aan de andere kant. Deelname aan de normalisatie moet in de regel voor alle concurrenten op de betrokken markt of markten openstaan, tenzij de partijen kunnen aantonen dat zulks tot een aanzienlijk efficiëntieverlies zou leiden of tenzij er erkende procedures voor collectieve belangenverdediging voorhanden zijn.' De normen moeten in beginsel niet meer regelen dan noodzakelijk is om het doel ervan te bereiken. Belangwekkend is ook dat wordt opgemerkt dat het in beginsel niet nodig is dat een norm bindend wordt gemaakt en in een bedrijfstak verplicht wordt gesteld. Het toekennen aan een orgaan van een exclusief recht om na te gaan of aan de norm is voldaan, beperkt in beginsel de mededinging.¹⁰¹

Als naar normalisatienormen door de wetgever wordt verwezen, zal in ieder geval (ook) de toepasselijkheid van de vrijheden van het VWEU in beeld komen, voor zover dit de verhandeling van producten die niet aan deze normen voldoen, bemoeilijkt. Waar de toepasselijkheid van de bepalingen inzake het vrije verkeer en die van het mededingingsrecht op normalisatieactiviteiten beginnen en ophouden en in hoeverre er overlap kan zijn bij toepasselijkheid van de bepalingen inzake vrij verkeer en van de mededingingsregels op normalisatieactiviteiten, is op dit moment niet duidelijk.¹⁰²

99 NEN, doc. nr. 2012-14, nrs. 10 en 12.

100 PbEU 2011, C 11/64.

101 PbEU 2011, C 11/65. De factoren die onder art. 106, tweede lid, VWEU vallen, kunnen niet zonder meer een rechtvaardiging vormen voor toepassing van art. 101, derde lid, VWEU. Zie bijvoorbeeld GvEA 11 juli 1996, gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, ECLI:EU:T:1996:99 (Metropole télévision e.a./Commissie), r.o. 117-124. Zie Schepel 2015, p. 317-320. Als de mededinging wordt beperkt in de zin van art. 101, eerste lid, kan art. 101, derde lid, door de onderneming of ondernemingsvereniging als verweer worden ingeroepen. Op basis van de aangedragen feitelijke argumenten en bewijsstukken moet de Commissie echter kunnen vaststellen of 'voldoende waarschijnlijk is dat met de betrokken overeenkomst al dan niet concurrentiebevorderende voordelen worden gerealiseerd'. PbEU 2011, C 11/9-10. De vraag zou ook kunnen rijzen of normalisatieactiviteiten kunnen vallen onder het 'verzachte mededingingsregime' van art. 106, tweede lid, VWEU.

102 Jurisprudentie over de toepasselijkheid van bepalingen inzake het vrije verkeer op privaatrechtelijke organisaties en de betekenis die het mededingingsrecht kan hebben voor overheidsop treden

3.4.3.2 Betekenis voor conformiteitsbeoordeling

Conformiteitsbeoordelingsinstanties in Nederland zijn in beginsel ondernemingen die rekening moeten houden met het EU-mededingingsrecht. De mededingingsregels in artikel 101 tot en met 106 VWEU zijn van toepassing op economische activiteiten van ondernemingen. Het begrip onderneming omvat volgens het Hof elke eenheid 'die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.¹⁰³ Onder 'economische activiteit' moet volgens het Hof worden verstaan 'iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt'.¹⁰⁴ Conformiteitsbeoordeling is in beginsel als economische activiteit (een dienst) aan te merken.¹⁰⁵

Toepasselijkheid: economische activiteit versus uitoefening van overheidsgezag
Bij de toepasselijkheid van mededingingsregels op conformiteitsbeoordelingsinstanties gaat het met name om toepasselijkheid ervan op conformiteitsbeoordelingsinstanties in de hoedanigheid van ondernemingen. Ook daarbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen het geval waarin wordt gehandeld in de uitoefening van overheidsgezag, en dat waarin economische activiteiten van industriële of commerciële aard worden verricht, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op de markt. Als handelen kwalificeert als uitoefening van overheidsgezag, zijn de regels voor ondernemingen inzake mededinging (art. 101 tot en met 106 VWEU) in beginsel niet van toepassing. De aard van de activiteiten is bepalend voor het antwoord op de vraag of sprake is van uitoefening van overheidsgezag.¹⁰⁶

Conformiteitsbeoordelingen geschieden, ook als zij in meer of mindere mate ondersteunend zijn voor besluitvorming door een bestuursorgaan, in de regel krachtens een overeenkomst tussen een particulier en de conformiteitsbeoordelende instantie. De conformiteitsbeoordelende instanties verlenen de diensten tegen betaling, op basis van een reële vraag op de markt. De opdrachten worden gegeven door bedrijven en niet door de overheid. Zij dragen de hieraan verbonden financiële risico's.¹⁰⁷ Er zal in de regel geen sprake zijn van het vervullen van een taak in opdracht van een overheidslichaam bij conformiteitsbeoordeling en dan ligt het niet in de rede uitgevoerde taken aan te merken als uitoefening van overheidsgezag.

is nog niet uitgekristalliseerd en biedt in deze kwestie nog weinig houvast. Zie Steyger 2012, p. 2114-2118 en daarin opgenomen jurisprudentieverwijzingen. Steyger wijst erop dat het Hof om het nuttig effect van het Unierecht te vergroten, het strakke onderscheid tussen lidstaten en particulieren als adressaten steeds meer heeft verlaten: 'regels betreffende de interne markt kunnen soms ook particulieren treffen en de overheid krijgt op steeds meer vlakken te maken met het effect van mededingingsbepalingen.' Steyger 2012, p. 2114.

103 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner & Elser), r.o. 21.

104 Zie onder meer HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (Wouters), r.o. 47.

105 Zie GvEA 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96 (SCK en FNK/Commissie), r.o. 120-122; Schepel 2005, p. 291-292.

106 Vgl. HvJ EG 16 juni 1987, zaak C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (Commissie/Italië), r.o. 10-11; HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160 (Diego Calì), r.o. 16-17; HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (Eurocontrol), r.o. 19.

107 Vgl. Stb. 2009, 395, p. 39-40.

Op de vraag onder welke omstandigheden activiteiten van een conformiteitsbeoordelende instantie toch als uitoefening van overheidsgezag zijn te kwalificeren, zijn op basis van de jurisprudentie alleen voorlopige antwoorden te geven. Deze jurisprudentie heeft geen betrekking op conformiteitsbeoordeling zoals in dit preadvies aan de orde, maar op andere private activiteiten die in een bepaalde relatie tot overheidshandelen stonden. Aannemelijk is dat op conformiteitsbeoordeling die (slechts) ondersteunend is voor de uitoefening van een bepaalde bestuursbevoegdheid de mededingingsregels voor ondernemingen van toepassing zijn.¹⁰⁸ Hiervan zal in ieder geval sprake kunnen zijn bij de toezichts- of indicatievariant of de toelatingsvariant, zoals besproken in paragraaf 2.3.5. Dan betreft het bevoegd gezag de conformiteitsbeoordeling bij zijn besluitvorming, zonder dat een conformiteitsverklaring het laatste woord is in die besluitvorming. Ook bij de erkenningsvariant als besproken in paragraaf 2.3.5 is verdedigbaar dat in beginsel sprake is van ondersteuning van uitoefening van overheidsgezag. Het bevoegd gezag zal veelal bevoegdheden hebben om vast te stellen of betrokkene over een conformiteitsverklaring beschikt en om handhavend op te treden als geen conformiteitsverklaring kan worden overgelegd en (zodoende) niet is komen vast te staan dat een wettelijke verplichting is nageleefd.

Als een conformiteitsbeoordelende instantie exclusief wordt aangewezen om een bepaalde taak in het algemeen belang te verrichten, kan wél sprake zijn van overheidsgezag. Het moet wel gaan om een taak die tot de 'typische overheidsprerogatieven' behoort. Daarbij moeten we denken aan zaken als uitoefenen van toezicht en handhaving op het gebied van veiligheid of bescherming van het milieu.¹⁰⁹ Dat voor de uitvoering van de taken een daaraan duidelijk gerelateerde vergoeding wordt bedongen, maakt dan niet dat het toch om een economische activiteit van een onderneming gaat.¹¹⁰ Ik meen dat van overheidsgezag in deze zin bij conformiteitsbeoordeling in Nederland waarschijnlijk niet vaak sprake zal zijn. Het zou moeten gaan om een conformiteitsbeoordelende instantie die exclusief een bevoegdheid heeft bindende beslissingen te nemen, inclusief sanctiebesluiten, én daarbij een typische overheidstaak uitoefent. Vaak zal dat niet aan de orde zijn. Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie ten opzichte van andere instanties niet in een door de overheid beschermde positie verkeert en in (potentiële) concurrentie opereert, zal in beginsel geen sprake zijn van uitoefening van overheidsgezag.¹¹¹ Dit lijkt zeker het geval te zijn als meerdere instanties door een bestuursorgaan zijn aangewezen voor dezelfde werkzaamheden en de aanwijzing

¹⁰⁸ Vgl. HvJ EG 27 oktober 1993, gevoegde zaken C-46/90 en C-93/91, ECLI:EU:C:1993:852 (*Lagauche*), r.o. 46-47; Steyger 2015, p. 216.

¹⁰⁹ Vgl. HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160 (*Diego Cali*), r.o. 19-25. Het ging om inspectietaken ter voorkoming van verontreiniging en bestrijding in geval van verontreiniging in een (petroleum)haven in Genua, waarmee een privaatrechtelijk lichaam door een havenautoriteit was belast.

¹¹⁰ Vgl. HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (*Eurocontrol*), r.o. 28 e.v., en HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160 (*Diego Cali*), r.o. 22-25; HvJ EG 12 juli 2012, zaak C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank*), r.o. 39, 49, 51. Zie over een en ander ook Schepel 2005, p. 314-315.

¹¹¹ Vgl. HvJ EU 12 december 2013, zaak C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827 (*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*); r.o. 28-35; HvJ EG 11 november 1986, zaak C-226/84, ECLI:EU:C:1986:421 (*British Leyland Public Limited Company*). Zie Steyger 2015, p. 217.

openstaat voor elke instelling die zich kwalificeert (zie over aanwijzingsbevoegdheden en criteria bij uitoefening par. 2.3.8).

De conclusie is dat jurisprudentie geen uitsluitsel biedt, maar op basis van daarin geformuleerde criteria kan worden aangenomen dat conformiteitsbeoordeling in Nederland hooguit in uitzonderlijke gevallen als uitoefening van openbaar gezag zal zijn te kwalificeren en dus hooguit in uitzonderlijke gevallen het mededingingsrecht niet van toepassing zal zijn.

Conformiteitsbeoordeling en mededingingsregels

Dat op conformiteitsbeoordeling in beginsel de mededingingsregels van toepassing zijn brengt mee dat daarbij geen sprake mag zijn van afspraken die het doel of effect hebben dat de concurrentie tussen bedrijven beperkt wordt (art. 101, eerste lid, VWEU).

Een certificatiesysteem dat, mede gelet op gehanteerde tarieven en verwijzingen naar (nationale) regelingen waaraan moet worden voldaan, niet open is en door andere systemen geboden gelijkwaardige systemen niet aanvaardt, terwijl een verbod voor deelnemers aan het certificatiesysteem om bedrijven in te huren die niet gecertificeerd zijn het niet-open karakter van het systeem ook nog eens versterkt, levert een schending van artikel 101 VWEU op. Dit geldt ook als dit verbod noodzakelijk mocht zijn om ervoor te zorgen dat het systeem sluitend blijft.¹¹²

Artikel 101, derde lid, VWEU noemt – zoals gezegd – omstandigheden waaronder het verbod van artikel 101, derde lid, VWEU buiten toepassing kan worden verklaard. Voor systemen van conformiteitsbeoordeling geldt dat een beroep hierop zou kunnen slagen als er meerwaarde is in termen van verbetering van de productie of van technische of economische vooruitgang. Het feit dat met een systeem van conformiteitsbeoordeling een efficiëntere controle op naleving van wettelijke eisen plaatsvindt dan de controle die daarop door overheidsinstanties wordt uitgevoerd, maakt echter niet dat op dit artikellid een beroep kan worden gedaan. Het is in beginsel de taak van de overheid om naleving van wettelijke voorschriften te verzekeren en niet van particuliere instellingen. Het komt anders te liggen als overheidstoezicht ontoereikend is. Verder heeft een systeem van conformiteitsbeoordeling niet reeds een meerwaarde ten gevolge van het enkele feit dat het verplichtingen oplegt waarin in de wet niet is voorzien. Bovenwettelijke eisen moeten zodanig bijdragen aan verbetering van producten (bijvoorbeeld in termen van veiligheid) dat zij mededingingsbeperkingen rechtvaardigen.¹¹³

¹¹² Zie GvEA 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 (SCK en FNK/Commissie), r.o. 132-150; Schepel 2005, p. 289-292. Vgl. HvJ EG 8 november 1983, gevoegde zaken C-96-102, 104, 105 en 110/82, ECLI:EU:C:1983:310 (IAZ/Commissie), r.o.18-39. Zie ook PbEU 2011, C 11/55-64. Hetgeen hierin is opgenomen over standaardiseringsovereenkomsten is ook van belang voor beoordelingsrichtlijnen en conformiteitsbeoordeling. Zie in het bijzonder PbEU 2011, C 11/55, randnummer 257.

¹¹³ Zie GvEA 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 (SCK en FNK/Commissie), r.o. 194, 202-203; Schepel 2005, p. 292-293.

Als conformiteitsbeoordelingsinstanties een machtspositie op de markt hebben, mogen zij daarvan geen misbruik maken (zie art. 102 VWEU). Mede op basis van de benadering die uit jurisprudentie van het Hof over mededingingsregels spreekt, kunnen enkele uitspraken over de betekenis van dit verbod in de context van conformiteitsbeoordeling worden gedaan.

Een conformiteitsbeoordelingsinstantie kan zich schuldig maken aan misbruik van machtspositie als zij de toegang van andere conformiteitsbeoordelingsinstanties tot een markt van conformiteitsbeoordeling belemmert. Dit is het geval als andere instanties niet dan wel tegen hoge kosten de beschikking kunnen krijgen over de beoordelingsrichtlijn (certificatieschema) die de instelling hanteert of althans deze alleen tegen een (zeer) hoge vergoeding zelf mogen gaan gebruiken.

Uit onderzoek op het gebied van kwaliteitsverklaringen in de bouw bleek dat beoordelingsrichtlijnen waarvan stichtingen schemabeheerder zijn, vaak zonder enige vorm van vergoeding beschikbaar zijn, terwijl grotere commerciële certificerende instellingen die tevens schemabeheerders zijn hoge instappremies kunnen vragen, die te duur kunnen zijn voor de kleinere certificerende instellingen die deze beoordelingsrichtlijnen zouden willen hanteren.¹¹⁴

Ook jegens partijen die zich op een markt van producten of diensten begeven waarbij gebruik wordt gemaakt van conformiteitsbeoordeling kan een conformiteitsbeoordelende instantie zich schuldig maken aan misbruik van haar machtspositie. Hiervan is sprake als de conformiteitsbeoordelingsinstantie toegang van bepaalde bedrijven tot een markt waarop zij conformiteitsbeoordelingen uitvoert belemmert door bij die conformiteitsbeoordelingen criteria te hanteren die leiden tot marktafsluiting. Dit kan spelen als vooral sterke, kapitaalkrachtige marktpartijen invloed hebben bij de vaststelling van de gehanteerde beoordelingsrichtlijnen.

Voor zover een procedure voor totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen niet voor ieder blijkt open te staan, zijn dat indicaties voor schendingen van mededingingsregels. Dit geldt zeker als er feitelijk weinig vrijheid zou zijn om producten te ontwikkelen die niet aan de beoordelingsrichtlijnen voldoen en niet in aanmerking komen voor de conformiteitsverklaring. Als de beoordelingsrichtlijnen zonder objectieve noodzaak mededinging door andere marktpartijen op een bepaalde markt belemmeren of uitschakelen, maken conformiteitsbeoordelingsinstanties die deze toepassen zich schuldig aan schending van artikel 102 of artikel 101 VWEU.¹¹⁵

Conformiteitsbeoordelingen mogen door marktpartijen (fabrikanten, leveranciers, installatiebedrijven) niet worden gebruikt als vehikel voor mededingingsbeperkende gedragingen. Doen zij dat wel, dan kunnen zij zich schuldig maken aan

¹¹⁴ Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 24-25.

¹¹⁵ Vgl. over de vraag wanneer in dit kader sprake is van mededingingsbeperkende gedragingen: Van der Ham 2010, p. 115-117. Vgl. HvJ EG 13 december 1991, zaak C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (RTT), r.o. 14-19. Zie ook HvJ EG 3 oktober 1985, zaak C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (SA Centre belge d'études de marché – télémarketing), r.o. 27.

schending van artikel 102 VWEU.¹¹⁶ Evenmin dient gebruikmaking van de conformiteitsbeoordeling onbedoelde remmende effecten te hebben op prijsconcurrentie of de productie, de markten, de innovatie of de technische ontwikkeling op een markt. Dat vraagt om goede procedures voor totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen.¹¹⁷

Overheidsmaatregelen met betrekking tot conformiteitsbeoordeling en mededingingsregels

Hoewel de artikelen 101 en 102 VWEU zich uitsluitend tot ondernemingen richten, richten zij zich feitelijk ook tot de lidstaten. Zij verbieden hun maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepalingen hun nuttig effect kunnen ontnemen.¹¹⁸ Lidstaten nemen dergelijke maatregelen als zij het handelsverkeer ongunstig kunnen beïnvloeden. Een dergelijke mogelijkheid is met name aanwezig, wanneer de door de ondernemingen uitgeoefende activiteiten zich kunnen uitstrekken tot de onderdanen of het grondgebied van andere lidstaten.¹¹⁹

Overheden hebben dus ook een verantwoordelijkheid voor naleving van mededingingsregels door conformiteitsbeoordelingsinstanties. Die manifesteert zich vooral als zij in nationale wetgeving een bevoegdheid hebben gekregen een dergelijke instantie aan te wijzen. Een dergelijke bevoegdheid betekent op zich nog niet dat de mededinging wordt beperkt. Als in beginsel iedere conformiteitsbeoordelende instantie zich kan kwalificeren om voor een aanwijzing in aanmerking te komen en daarbij geen eisen worden gesteld die de mededinging belemmeren (zoals een eis van vestiging in de lidstaat waarin de activiteit wordt ingevoerd), zal hiervan geen sprake zijn. De gestelde eisen moeten verband houden met onafhankelijkheid, onpartijdigheid en bekwaamheid van de instelling. Een instelling die zelf partij is op een markt van producten of diensten kan in ieder geval niet worden aangewezen als conformiteitsbeoordelingsinstantie voor deze producten of diensten.¹²⁰

Voor de aanwijzing door bestuursorganen van conformiteitsbeoordelingsinstanties is artikel 106 VWEU van belang. Artikel 106, eerste lid, VWEU, bepaalt dat de

116 Een schending van art. 102 VWEU door een ondernemer kan alleen aan de orde zijn als de mededingingsbeperking voortkomt uit eigen initiatief van de ondernemer. Van een eigen initiatief is echter ook sprake als de machtspositie waarin de ondernemer verkeert een gevolg is van de omstandigheid dat wegens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen mededinging op die markt waarop die onderneming opereert niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk is. HvJ EG 3 oktober 1985, zaak C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (SA Centre belge d'études de marché – télémarketing), r.o. 18.

117 Zie over certificatieregelingen, marktwerking en misbruik van machtspositie reeds Kamerstukken II 1994/95, 21670, nr. 8 (nota 'Normen, Certificaten en Open Grenzen', door de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer aangeboden bij brief van 23 februari 1995, Kamerstukken II 1994/95, 21670, nr. 7), p. 33.

118 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner en Elser), r.o. 26-27; HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (Elliniki Radiophonia Tileorassi), r.o. 32-33.

119 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner en Elser), r.o. 32-33.

120 HvJ EG 13 december 1991, zaak C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (RTT), r.o. 14-19. Zie ook HvJ EG 3 oktober 1985, zaak C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (SA Centre belge d'études de marché – télémarketing), r.o. 27; vgl. HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (Motoe), r.o. 51-53.

lidstaten met betrekking tot de ‘openbare bedrijven’ en de ‘ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen’, geen enkele maatregel nemen of handhaven welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109. Dit zijn dus vooral regels met betrekking tot mededinging. Artikel 106, tweede lid, VWEU bepaalt, voor zover relevant, dat de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang vallen onder de mededingingsregels in het VWEU, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.

Ik kan op de betekenis van de begrippen ‘uitsluitende en bijzondere rechten’ en ‘ondernemingen belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang’ hier niet uitgebreid ingaan.¹²¹ Over de betekenis van artikel 106 VWEU in de context van conformiteitsbeoordeling biedt jurisprudentie geen uitsluitsel. Wel kan een schets worden gegeven van betekenis en consequenties.

Met een aanwijzing door een bestuursorgaan kan aan een conformiteitsbeoordelingsinstantie (die onderneming is) een bijzonder of uitsluitend recht worden verleend als bedoeld in artikel 106 VWEU, ongeacht of dit recht bestaat uit het uitoefenen van overheidsgezag of het verrichten van een bepaalde economische activiteit. Of een bijzonder of uitsluitend recht wordt verleend zal afhangen van het antwoord op de vraag of daarmee een beperkt aantal conformiteitsinstanties wordt beschermd en daardoor de mogelijkheden van andere instanties om in hetzelfde geografische gebied en onder in wezen gelijkwaardige omstandigheden de betrokken activiteit uit te oefenen aanmerkelijk ongunstig worden beïnvloed.¹²² De criteria voor een aanwijzing en de duur van aanwijzingen lijken in dat kader van grote betekenis.

Kijken we bijvoorbeeld naar de criteria voor aanwijzing van aangewezen en aangemelde instanties in amvb's op grond van de Arbeidsomstandighedenwet en de Warenwet, dan kan iedere instelling zich in beginsel kwalificeren en kan geen sprake zijn van verlening van een bijzonder recht, laat staan van een uitsluitend recht (zie par. 2.3.8).

Alleen nader onderzoek kan uitwijzen of het in Nederland voorkomt dat krachtens de wet door bestuursorganen uitsluitende of bijzondere rechten aan conformiteitsbeoordelingsinstanties worden verleend.

Mocht aan een conformiteitsbeoordelingsinstantie toch bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend (hetgeen dus in de Nederlandse praktijk vermoedelijk niet snel aan de orde zal zijn), dan handelt een lidstaat in strijd met artikel 106, eerste

¹²¹ Zie over de betekenis in de context van conformiteitsbeoordeling en normalisatie onder meer Schepel 2005, p. 315-329 inclusief verwijzingen. Zie verder art. 25a, aanhef en onder b en c, Mededingingswet en Kamerstukken II 2000/01, 27870, nr. 3 (MvT voorstel Wijziging van de Mededingingswet (implementatie van een wijziging van de EG-transparantierichtlijn)), p. 7-10.

¹²² Vgl. Steyger 2015, p. 217; HvJ EU 12 december 2013, zaak C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827 (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), r.o. 41-43.

en tweede lid, VWEU (en art. 102 VWEU) wanneer de betrokken instantie door de enkele uitoefening van deze rechten misbruik maakt van haar machtspositie of wanneer deze rechten een situatie kunnen creëren waarin zij tot een dergelijk misbruik wordt gebracht. Dit misbruik kan bestaan in discriminerend beleid in het voordeel van de eigen conformiteitsbeoordeling.¹²³

Een uitsluiting of beperking van de mededinging op de markt van bepaalde producten kan niet worden geacht haar rechtvaardiging te vinden in de verlening van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 106, tweede lid, VWEU bij activiteiten die door elke onderneming moeten kunnen worden uitgeoefend.¹²⁴ Het belasten van één of meer conformiteitsbeoordelingsinstanties met een bijzonder of uitsluitend recht tot uitoefening van openbaar gezag zal geoorloofd zijn als de dienst die zij verricht daadwerkelijk van algemeen belang is en niet het risico met zich brengt dat de mededinging wordt vervalst. Bij vervalsing zal het ook kunnen gaan om vervalsing op de markt van andere commerciële (conformiteitsbeoordelings)activiteiten die de instantie verricht.¹²⁵ Bij het belasten van een conformiteitsbeoordelingsinstantie met een publieke taak, terwijl zij ook (andere) commerciële activiteiten verricht, krijgt de instantie een hybride karakter en dient er op dit punt dus grote alertheid te zijn.¹²⁶ Hoofdstuk 4A Mededingingswet is relevant voor zover aan een conformiteitsbeoordelingsinstantie een bijzonder of uitsluitend recht wordt verleend. Het stelt eisen van financiële transparantie aan onder meer ondernemingen waaraan overeenkomstig artikel 106, eerste lid, VWEU een dergelijk recht is verleend.¹²⁷

123 Vgl. HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*Motoe*), r.o. 48-50; HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*), r.o. 29; HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*Elliniki Radiophonia Tileorassi*), r.o. 34-38; HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 (*Merci convenzionali porto di Genova*), r.o. 16, 17 en 60; HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-323/93, ECLI:EU:C:1994:368 (*Centre d'insémination de la Crespelle*), r.o. 18; HvJ EG 11 december 1997, zaak C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603 (*Job Centre*), r.o. 36; HvJ EG 31 januari 2008, zaak C-380/05, ECLI:EU:C:2008:59 (*Centro Europa 7*), r.o. 60. Het misbruik wordt toegerekend aan de conformiteitsbeoordelende instantie. Vgl. HvJ EG 3 oktober 1985, zaak C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (*SA Centre belge d'études de marché – télémarketing*), r.o. 18.

124 Vgl. HvJ EG 13 december 1991, zaak C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (*RTT*), r.o. 20-28.

125 Vgl. HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank*), r.o. 38; Steyger 2015, p. 38. Het verlenen van een uitsluitend en bijzonder recht tot bepaalde conformiteitsbeoordeling kan de instantie op zich niet de hoedanigheid van onderneming als bedoeld in art. 101 e.v. VWEU ontnemen voor zover andere activiteiten die zij verricht als economische activiteiten kwalificeren. De kwalificatie als activiteit die tot de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag behoort of als economische activiteit moet immers voor elke door een bepaalde entiteit uitgeoefende activiteit afzonderlijk gebeuren. HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*Motoe*), r.o. 25; HvJ EG 24 oktober 2002, zaak C-82/01 P, ECLI:EU:C:2002:617 (*Aéroports de Paris/Commissie*), r.o. 74.

126 Vgl. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2013, p. 51; Bokhorst 2013, p. 19.

127 Kamerstukken II 2000/01, 27870, nr. 3 (MvT voorstel Wijziging van de Mededingingswet (implementatie van een wijziging van de EG-transparantierichtlijn)), p. 6-10. Vgl. ook art. 38 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

3.4.4 Betekenis van de vrijheden van diensten en vestiging voor conformiteitsbeoordeling

Conformiteitsbeoordeling valt onder de Dienstenrichtlijn

Voor de aanwijzing krachtens de wet door een bestuursorgaan van instellingen die een bepaalde conformiteitsbeoordeling mogen verrichten is de Dienstenrichtlijn¹²⁸ relevant.

De Dienstenrichtlijn heeft tot doel de uitoefening van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging te vergemakkelijken teneinde de interne markt van diensten te voltooien. Zij stelt grenzen aan bevoegdheden van lidstaten om eisen op te leggen aan ondernemingen die op hun grondgebied diensten willen verrichten.¹²⁹

Diensten op het gebied van certificering vallen onder de Dienstenrichtlijn, zo oordeelde het Hof van Justitie in zijn arrest *Rina Services*. Het Hof verwijst daarbij uitdrukkelijk naar overweging 33 in de considerans van de richtlijn.¹³⁰ Certificering kan hier in ruime zin worden opgevat, dus als conformiteitsbeoordeling.

Artikel 14 van de richtlijn bevat een lijst met verboden eisen. Hiertoe behoren eisen met betrekking tot de nationaliteit of woonplaats van de dienstverrichter, zijn personeel of aandeelhouders of de statutaire zetel of (hoofd- of neven-)vestigingen van een onderneming (art. 14, eerste lid, van de richtlijn).¹³¹ Vestiging van een dienstverrichter in een lidstaat mag onder geen beding afhankelijk worden gesteld van een van deze eisen. Deze eisen kunnen niet worden gerechtvaardigd.¹³² Een eis dat een statutaire zetel van de certificerende instelling op het nationale grondgebied is gelegen, kan niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de doeltreffendheid te waarborgen van het toezicht dat door de overheidsinstanties wordt uitgeoefend op de werkzaamheden van deze instellingen. Dit zou voortvloeien uit de bewoordingen van artikel 14 en uit de algemene opzet van de richtlijn.¹³³ Wij mogen dus aannemen dat voor alle eisen genoemd in artikel 14 Dienstenrichtlijn geldt dat zij door overheden niet mogen worden gesteld aan conformiteitsbeoordelende instellingen en dat een rechtvaardiging van die eis op grond van het primaire EU-recht niet aan de orde kan zijn.

Dit is bijvoorbeeld aanleiding geweest om de eis van vestiging in Nederland voor tot de keuring van attractie- en speeltoestellen aangewezen instellingen in artikel 19,

¹²⁸ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PbEU 2006, L 376, p. 36.

¹²⁹ Art. 4, zevende lid, Dienstenrichtlijn omschrijft welke nationale maatregelen onder het bereik van deze richtlijn vallen zijn. Zie hierover Botman 2015, p. 218-220.

¹³⁰ HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13, AB 2015, 263, m.nt. M.R. Botman, r.o. 24.

¹³¹ Zie over deze zwarte lijst en de (historische) achtergrond: Botman 2015, p. 302-308.

¹³² Zie ook HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13 (*Rina Services*), r.o. 28. Een beroep op de 'rule of reason', zoals ontwikkeld door het Hof onder het primaire recht, is dus niet mogelijk. Volgens deze jurisprudentie zijn nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken onder bepaalde voorwaarden geoorloofd. Zie o.m. HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhart*), r.o. 35-39; HvJ EG 28 april 1977, zaak C-71/76, ECLI:EU:C:1977:65 (*Thieffry*); HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125 (*Klaus*), r.o. 32.

¹³³ Zie ook HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13 (*Rina Services*), r.o. 27-41.

eerste lid, onderdeel b, van het Warenwetbesluit attractie-en speeltoestellen te laten vervallen.¹³⁴

Artikel 15 Dienstenrichtlijn noemt enkele (niet-discriminerende) eisen waarvan lidstaten dienen te onderzoeken of die in hun rechtsstelsel worden gesteld. Hier is relevant dat onder meer worden genoemd eisen die van de dienstverrichter verlangen dat hij een bepaalde rechtsvorm heeft en eisen die de toegang tot de betrokken dienstenactiviteit wegens de specifieke aard ervan voorbehouden aan bepaalde dienstverrichters (het eerste en tweede lid van het artikel).

De lidstaten moeten erop toe zien dat zij verenigbaar zijn met:

1. het discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;
2. noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang; en
3. evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

De lidstaten moeten hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aanpassen om de eisen met deze voorwaarden in overeenstemming te brengen (art. 15, eerste en derde lid).

Het hoofdstuk van de richtlijn waarin de artikelen 14 en 15 zijn opgenomen (hoofdstuk III) gaat over de vrijheid van vestiging van dienstverrichters. Het is mogelijk ook van toepassing in situaties waarin een grensoverschrijdend element ontbreekt en sprake is van een zuiver interne situatie. Het Hof heeft zich hierover nog niet expliciet uitgelaten. Het Hof neemt overigens snel een grensoverschrijdende situatie aan.¹³⁵

De regering meent dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op voorschriften die worden gesteld aan certificerende instellingen als hun activiteiten verband houden met de gezondheid en de veiligheid op het werk, omdat het arbeidsrecht op grond van artikel 1, zesde lid, Dienstenrichtlijn buiten de werkingssfeer van de richtlijn valt.¹³⁶ De vraag is of dit juist is. Aannemelijk is dat diensten van certificering in het belang van veiligheid en gezondheid op het werk, net als op

¹³⁴ Art. IV Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn, Stb. 2009, 500.

¹³⁵ Beantwoording van de prejudiciële vragen van de ABRvS van 9 juli 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:2495 (Harmsen); ECLI:NL:RVS:2014:2488 (Trijber)) en de Hoge Raad van 5 juni 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1467) heeft hier geen zekerheid over verschaft. Zie HvJ EU 1 oktober 2015, gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, AB 2015, 437, m.nt. A. Drahmman, JB 2015/212, m.nt. A. Looijestijn-Clearie (gevoegde zaken Trijber en Harmsen). Zie in het bijzonder de noot van Drahmman onder dit arrest onder punt 3 en 4 en de noot van Looijestijn-Clearie onder hetzelfde arrest onder punt 3 tot en met 5. Zie over de onduidelijkheid ook de noot van Botman onder HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13, AB 2015, 263 (Rina Services), onder punt 4. Inmiddels heeft de Afdeling bestuursrechtspraak aan het Hof een prejudiciële vraag gesteld om verduidelijking te krijgen over de toepasselijkheid van Hoofdstuk III (vrijheid van vestiging) van de Dienstenrichtlijn op zuiver interne situaties: ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75.

¹³⁶ Stb.2009, 395, p. 40.

andere terreinen, onder de richtlijn vallen. De certificeringsactiviteiten op dit terrein zijn geen activiteiten die specifiek door het arbeidsrecht worden gereguleerd, maar door met name het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht en sectoraal bestuursrecht.¹³⁷

Betekenis van de vrijheid van vestiging

Mocht de Dienstenrichtlijn op een certificeringsactiviteit niet van toepassing zijn, dan kunnen eisen aan de instellingen die bepaalde certificaten mogen afgeven nog wel een spanning opleveren met artikel 49 VWEU.¹³⁸

Het Hof van Justitie oordeelde in een arrest van 14 december 2006¹³⁹ dat een vestigingseis voor een keuringsinstantie voor ketels en drukapparatuur onbetwist een belemmering voor de vrijheid van dienstverrichting vormt. Deze vrijheid kan alleen door nationale maatregelen worden beperkt om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid of een dringende reden van algemeen belang, als de maatregelen noodzakelijk zijn en evenredig aan het beoogde doel. Die rechtvaardiging is er niet als keuringsinstanties die in een andere lidstaat zijn gevestigd en waarop de overheid van de lidstaat waarin de vestigingseis wordt gesteld geen invloed kan uitoefenen, geen dreiging kunnen vormen voor genoemde belangen doordat de keuringsinstanties in elk van de lidstaten aan dezelfde eisen moeten voldoen.

Voor de Nederlandse rijksoverheid is dit aanleiding geweest certificerende instellingen aan te merken als dienstverleners in de zin van artikel 49 EG en om vestigingseisen voor (aanwijzing van) certificerende instellingen in de nationale wetgeving met ingang van 1 januari 2012 te laten vervallen.¹⁴⁰

Artikel 49 e.v. VWEU en de Dienstenrichtlijn zijn niet van toepassing voor zover conformiteitsbeoordeling in de lidstaat kwalificeert als *uitoefening van openbaar gezag*, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschiedt (art. 51 VWEU en art. 2, tweede lid, aanhef en onder i, Dienstenrichtlijn). Over de precieze betekenis van ‘uitoefening van openbaar gezag’ in artikel 51 VWEU en de Dienstenrichtlijn in de context van conformiteitsbeoordeling biedt jurisprudentie geen uitsluitsel, maar ik kan op basis van meer algemene lijnen in de jurisprudentie wel een impressie geven van de waarschijnlijke betekenis.

De uitzondering moet beperkt worden uitgelegd. Er moet, gelet op de aard van de krachtens de wet te verrichten werkzaamheden, sprake zijn van een ‘rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag’. De activiteiten moeten niet louter ondersteunend en voorbereidend zijn voor eindbeslissingen van een overheidsinstelling en niet staan onder actief toezicht van een bepaalde overheidsinstelling. De beslissingen moeten verder gaan dan tussen particulieren gebruikelijk is. Zij moeten daarvan afhankelijk zijn voor het kunnen verrichten van bepaalde handelingen. Dat bij de werkzaamheden

¹³⁷ Zie de noot van Botman, AB 2015, 263 (Rina Services), onder punt 11 en 12.

¹³⁸ Kamerstukken II 2007/08, 25268, nr. 57, p. 15.

¹³⁹ HvJ EG 14 december 2006, zaak C-257/05, ECLI:EU:C:2006:785 (Commissie/Oostenrijk).

¹⁴⁰ Stb. 2009, 395, p. 39-40; Stb. 2011, 429.

van een instantie met het algemeen belang voor ogen wordt gehandeld, volstaat op zich niet.¹⁴¹ Doorslaggevend zal voor het Hof zeker niet zijn of een instelling volgens het nationale recht al dan niet als een overheidsorgaan kan worden aangemerkt.¹⁴²

Als een instelling een exclusieve bevoegdheid heeft en een particulier afhankelijk is van een beslissing van die instelling voor het verrichten van een handeling, is in de benadering van het Hof toch geen sprake van openbaar gezag als het verrichten van die handeling zelf vrijwillig geschiedt. Daarom zou de notaris geen openbaar gezag uitoefenen als hij op verzoek van partijen akten authentificeert, ook al heeft een authenticatie bewijsrechtelijk consequenties.¹⁴³ Welke betekenis dit element van vrijwilligheid zou kunnen hebben voor het aanmerken van een activiteit van een conformiteitsbeoordelende instantie als uitoefening van openbaar gezag is de vraag. Vrijwilligheid zou in ieder geval een contra-indicatie van openbaar gezag kunnen zijn als een conformiteitverklaring niet verplicht is om aan te tonen dat aan een wettelijke eis is voldaan.

3.5 De betekenis van fundamentele rechten

3.5.1 Reikwijdte EVRM

Artikel 1 EVRM bepaalt dat de Hoge Verdragsluitende Partijen eenieder, die ressorteert onder hun rechtsmacht, de rechten en vrijheden verzekeren welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag (de verzekeringsplicht). Schendingen door de wetgever, de uitvoerende macht, de rechter, andere staatsorganen, decentrale, regionale en lokale overheden en publiek- of privaatrechtelijke rechtspersonen die zijn te kwalificeren als publieke entiteit en ambtenaren die onder hun verantwoordelijkheid werkzaam zijn, zijn toerekenbaar aan een verdragsstaat.¹⁴⁴ Het maakt niet uit welke regel of maatregel in het geding is.¹⁴⁵ De wetgever die verwijst naar een norm die door een private instelling is vastgesteld, heeft, als die verwijzing tot gevolg heeft dat de norm algemeen geldend is, verantwoordelijkheid genomen voor de inhoud ervan. Het handelen van een

¹⁴¹ HvJ EG 21 juni 1974, zaak C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68 (*Reyners*); HvJ EG 13 juli 1993, zaak C-42/92, ECLI:EU:C:1993:304 (*Thijssen*), r.o. 8-9, 22; HvJ EG 30 maart 2006, zaak C-451/03, ECLI:EU:C:2006:208 (*Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl*), r.o. 45-49; HvJ EG 29 november 2007, zaak C-393/05, ECLI:EU:C:2007:722 (*Commissie/Oostenrijk*), r.o. 35-36, 41-42, 45-46; HvJ EU 17 maart 2011, gevoegde zaken C-372/09 en C-373/09, ECLI:EU:C:2011:156 en ECLI:EU:C:2009:637 (*Josep Peñarroja Fa*), r.o. 41-45. Vgl. Steyger 2015, p. 212-215, i.h.b. p. 215.

¹⁴² Van de Gronden 2012; Steyger 2015, p. 212, 218-219; zie ook: *Kamerstukken II* 2007/08, 25268, nr. 57, p. 15.

¹⁴³ HvJ EG 1 december 2011, zaak C-157/09, ECLI:EU:C:2011:794 (*Commissie/Nederland*), r.o. 56-70, 90. Kritisch over laatstgenoemd arrest: Van de Gronden 2012.

¹⁴⁴ Zie De Kruif 2012, p. 33-51, 56-68.

¹⁴⁵ Zie o.m. EHRM 1 maart 2005, AB 2006, 258, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRM 2005/54, m.nt. A.M.L. Jansen (*Wo /Polen*), r.o. 60; EHRM 30 januari 1998, nr. 133/1996/752/951 (*United Communist Party of Turkey/Turkije*), r.o. 29; EHRM 25 maart 1993, NJ 1995, 725, m.nt. EAA, NJCM-Bulletin 1993, p. 570 e.v., m.nt. Van Emmerik (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 26.

wetgever in een verdragsstaat zal dan zonder meer onder de reikwijdte van de verzekeringsplicht van artikel 1 EVRM vallen. Dit geldt ook voor handelen van een conformiteitsbeoordelende instantie waaraan krachtens de wet een exclusieve bevoegdheid is toegekend tot conformiteitsbeoordeling die verplicht is gesteld voor het kunnen uitvoeren van bepaalde activiteiten.¹⁴⁶

3.5.2 Toepasselijkheid van het EVRM als de overheid meer op afstand staat

Het komt voor dat de wetgever zich op een bepaald terrein bewust geheel of gedeeltelijk terugtrekt en regulering overlaat aan private instellingen, zoals normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instellingen of in ieder geval niet naar de tot stand gekomen private regulering verwijst en er ook geen rechtsgevolgen aan verbindt. De wetgever kan de mogelijkheid dat met wettelijke maatregelen kan worden ingegrepen, jegens de betrokkenen dan nog wel gebruiken als stok achter de deur om normen tot stand te brengen (zogenoemde vervangende zelfregulering). Ook kan de wetgever actiever optreden door randvoorwaarden te stellen (een vorm van wettelijk geconditioneerde of wettelijk gestructureerde zelfregulering).¹⁴⁷

Zo bestaan er bijvoorbeeld voornemens om taken van het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht gedeeltelijk over te hevelen naar private kwaliteitsborgers, maar met een wettelijk geregeld toezicht door een zelfstandig bestuursorgaan op de gehanteerde instrumenten.¹⁴⁸

Een lastige kwestie is of en wanneer normalisatie of conformiteitsbeoordeling door een instelling vallen onder de verzekeringsplicht van artikel 1 EVRM, als de wetgever er geen rechtsgevolgen aan heeft verbonden.¹⁴⁹ Hierover heeft het Hof zich bij mijn weten niet expliciet uitgelaten. De jurisprudentie biedt echter voldoende aanknopingspunten.

In de eerste plaats kan worden gekeken naar jurisprudentie over de reikwijdte van het klachtrecht. Uit artikel 34, eerste lid, EVRM volgt dat overheidsorganen ('governmental organisations') geen klachtrecht hebben en geen verzoekschrift bij het Hof kunnen indienen. Het Hof blijkt zich er bij de vaststelling of sprake is van een 'governmental organisation' betrekkelijk weinig van aan te trekken hoe het nationaalrechtelijke systeem de organisatie van overheidsorganen en -taken precies heeft geregeld.¹⁵⁰ Voor een kwalificatie van een normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instelling als overheidsorgaan zal relevant zijn of sprake is van een publieke taak die bij wet is gedefinieerd en die onder toezicht van de

¹⁴⁶ Vgl. Gerards 2011, p. 263-264.

¹⁴⁷ Van Ommeren 2012, p. 213.

¹⁴⁸ Zie: www.internetconsultatie.nl/wetkwaliteitsborgingvoorhetbouwen; Kamerstukken II 2012/13, 2013/14, 32757, nrs. 50, 52, 56, 63, 80, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 101, 103, 107 en 114.

¹⁴⁹ Engelhard heeft het mede in dit kader over het 'grijze gebied': Engelhard 2010, p. 23-24, 43-44.

¹⁵⁰ Het Hof geeft dus een 'autonome' uitleg aan het begrip 'governmental organisations'. Zie Jak 2014, p. 210.

overheid wordt uitgeoefend.¹⁵¹ Of, zoals het Hof het ook wel heeft gezegd, bepalend is of de betrokken entiteit participeert in de uitoefening van overheidsbevoegdheden dan wel onder controle van de overheid een openbare dienst verricht. Voor de vaststelling of hieraan is voldaan, moet rekening worden gehouden met de juridische status van de entiteit en de rechten die daaraan zijn verbonden, de aard van de activiteiten die zij verricht, de context waarin dat gebeurt en de mate van onafhankelijkheid van de politieke autoriteiten.¹⁵² Het behartigen van een publiek belang, overheidsfinanciering of aandeelhouderschap van de overheid of overheidsinvloed op de samenstelling van het bestuur zijn op zich niet doorslaggevend.¹⁵³ Rechtspersonenrechtelijke vormgeving is evenmin doorslaggevend.¹⁵⁴ Contra-indicaties voor het zijn van overheidsinstelling zijn het feit dat de instelling opereert in een sector die openstaat voor concurrentie, institutionele onafhankelijkheid van de instelling van de Staat, het feit dat de instelling enkel is onderworpen aan vennootschapsrecht, dat haar handelen valt onder de competentie van de burgerlijke rechter en dat de instelling geen bevoegdheden heeft die verder reiken dan het burgerlijk recht.¹⁵⁵

Aanknopingspunten kunnen ook worden gevonden in jurisprudentie over de vraag welke schendingen van het EVRM volgens het Hof tot de verantwoordelijkheid van de Staat kunnen worden gerekend. Volgens de jurisprudentie van het EHRM is het EVRM toepasselijk ten aanzien van handelen van private organisaties waarbij sprake is van overwegende overheidsinvloed. Dergelijke organisaties zijn ‘public authorities’ in de zin van het EVRM, waarop verplichtingen van het EVRM van toepassing zijn. De instelling hoeft geen overheidsorgaan te zijn. Voldoende is dat zij ‘certain State powers’ uitoefent.¹⁵⁶ De handelingen van de instelling moeten ‘capable of engaging the responsibility of the state’ zijn onder het EVRM.¹⁵⁷ Haar handelen of nalaten wordt toegerekend aan de Staat.¹⁵⁸

Op de vraag of en onder welke omstandigheden normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instellingen als een ‘public authority’ zouden kunnen worden gekwalificeerd, geeft EHRM-jurisprudentie geen expliciet antwoord. Een impressie van de omstandigheden die het Hof in dat kader relevant zal achten, biedt het arrest *Wos/Polen*. Daarin was handelen van een private instelling aan de orde die andere activiteiten ontplooiden dan regulering, namelijk de uitkering van gelden ter compensatie van ten tijde van de Tweede Wereldoorlog verrichte dwangarbeid.

151 EHRM 22 februari 2005, EHRC 2005/39 (*Novoseletskiy/Oekraïne*), r.o. 79-82; EHRM 14 januari 2010, nr. 54522/00, EHRC 2010/34, m.nt. Katan (*Kotov/Rusland*), r.o. 52; EHRM 3 mei 2001, nr. 39032/97 enz. (Smits, Kleyn e.a./Nederland), r.o. 37. Zie ook Engelhard 2010, p. 32.

152 Vgl. EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00 (*Radio France/Frankrijk*), r.o. 26.

153 Jak 2014, p. 210.

154 EHRM 30 november 2004, nr. 35092/02 (*Mykhaylenki/Oekraïne*), r.o. 45; vgl. EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 374, m.nt. E.A. Alkema (*Holy Monasteries/Griekenland*), r.o. 48-49.

155 EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00 (*Radio France/Frankrijk*), r.o. 26; EHRM 12 mei 2015, AB 2016, 57, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Ljubljanska Banka/Kroatië*), r.o. 51-56; Jak 2014, p. 209-210.

156 EHRM 11 oktober 2005, nr. 4773/02 (*Sychev/Oekraïne*), r.o. 54.

157 EHRM 25 maart 1993, NJ 1995, 725, m.nt. EAA, NJCM-Bulletin 1993, p. 570 e.v., m.nt. Van Emmerik (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 28; EHRM 1 maart 2005, AB 2006, 258, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2005/54, m.nt. A.M.L. Jansen (*Wos/Polen*), r.o. 74.

158 De Kruif 2012, p. 45.

Als we de daarin genoemde criteria extrapoleren naar de context van normalisatie en conformiteitsbeoordeling, dan zouden de volgende vooral institutioneel en operationeel gekleurde criteria van belang kunnen zijn:

- de mate van betrokkenheid van de Staat bij oprichting van de instelling;
- de aard van de taak waarmee de instelling door de Staat wordt belast;
- de discretie die de instelling heeft bij de invulling van die taak;
- het bestaan van controlemechanismen van staatswege op de instelling;
- de mate waarin de overheid de instelling financiert;
- de mate van betrokkenheid van een bestuursorgaan (een minister) bij het benoemen en ontslaan van leden van de raad van bestuur en de raad van toezicht van de instelling.¹⁵⁹

Het gaat erom of de Staat een cruciale rol heeft gespeeld bij vaststelling van het kader waarbinnen de instelling opereert.¹⁶⁰ Het arrest leert in elk geval dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een ‘public authority’, anders dan bij de vaststelling of sprake is van een governmental organisation, overheidsfinanciering, overheidsinvloed op de samenstelling van het bestuur en de aard van de taak (publiek of niet?) een grotere rol spelen.¹⁶¹

Als wij de lijnen die in de jurisprudentie van het Hof zijn te herkennen, toepassen op normalisatie- en conformiteitsbeoordelende instellingen, dan ontstaat het volgende beeld. De twee normalisatie-instellingen in Nederland, NNI en NEC, zijn stichtingen, die niet zijn opgericht om typische overheidstaken te verrichten. Een normalisatie-instelling als NNI is onafhankelijk en heeft geen bij wet uitgeoefende taken die onder overheids-toezicht worden uitgeoefend. Als de wet naar de normen verwijst, valt aan te nemen dat dat een handeling van de wetgever is die onder verantwoordelijkheid van de Staat valt (zie par. 3.5.1). Er is geen sprake van overheidscontrole. Geen enkele minister heeft een formele rol (zoals bindende voordracht) bij een benoeming van een voorzitter of lid van het bestuur, laat staan bij benoeming van leden van beleids- of normcommissies. Statuten en Huishoudelijk reglement voorzien ook niet in andere beïnvloedingsmogelijkheden van een minister. Een enkele uitzondering is dat wijziging van de statuten of ontbinding van NNI de schriftelijke goedkeuring behoeft van de minister van Economische Zaken. Verder komt het hooguit wel voor dat namens een minister wordt deelgenomen aan een bepaalde normcommissie. Deze zaken kunnen aan de conclusie dat geen sprake is van overheidscontrole niet afdoen. Er is evenmin sprake van substantiële overheidsfinanciering. De Staat levert een structurele financiële

¹⁵⁹ EHRM 1 maart 2005, AB 2006, 258, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Wos/Polen*), r.o. 62-74; EHRM 8 juni 2006, EHRC 2006/99 (*Wos/Polen*). Zie in het bijzonder de noot van Barkhuysen en Van Emmerik onder AB 2006, 258 onder punt 3; Van Emmerik 2010, p. 71-72; Jak 2014, p. 211-212; De Kruijff 2012, p. 62.

¹⁶⁰ Zie Engelhard 2010, p. 33-37, 38-39.

¹⁶¹ Zie ook de heldere conclusies in Jak 2014, p. 214-215. Zie over de kwestie of er verschil zit tussen de benadering van het Hof met betrekking tot ontvankelijkheid enerzijds en met betrekking tot de vraag of een verdragsschending tot de verantwoordelijkheid van de Staat wordt gerekend anderzijds: Jak 2014, p. 212-213.

bijdrage aan 'NEN', maar activiteiten die onder de hoede van het NNI plaatsvinden worden in overwegende mate door marktpartijen gefinancierd en wel in hoofdzaak door verkoop van normbladen.¹⁶² De taakgerichte financiering door het ministerie van EZ ter uitvoering van een overeenkomst tussen de Staat en NEN¹⁶³ (zoals beschreven in paragraaf 2.2.3) is zeker niet voldoende om toch te concluderen tot de status van overheidsinstelling.

Geconcludeerd kan worden dat, gelet op de genoemde factoren, geen sprake kan zijn van overwegende overheidsinvloed op normalisatieactiviteiten van het NNI.

Voor instanties die geen wettelijk verplichte conformiteitsbeoordeling verrichten, kan waarschijnlijk worden geconcludeerd dat het EVRM niet op hen van toepassing is, maar alleen nader systematisch onderzoek kan meer zekerheid opleveren. Conformiteitsbeoordeling geschiedt krachtens een overeenkomst tussen de partij die de conformiteitsverklaring aanvraagt en de instelling die de conformiteitsverklaring verleent. Zij is in beginsel een economische activiteit van commerciële aard op een private markt. De instantie opereert (vaak) in concurrentie. Van overheidscontrole of -beïnvloeding zal in beginsel geen sprake zijn. Een bevoegdheid krachtens wet, statuten of overeenkomst van een minister of ander bestuursorgaan tot het benoemen van bestuurders of leden van CvD's, tot goedkeuring van een begroting of rekening of tot het geven van bijzondere aanwijzingen aan een instantie komen in Nederland, althans op het gebied van vrijwillige conformiteitsbeoordeling, vermoedelijk niet of nauwelijks voor.¹⁶⁴ Participatie namens een bestuursorgaan in een college van deskundigen dat de beoordelingsrichtlijnen opstelt komt ook bij vrijwillige conformiteitsbeoordeling wel voor, maar is geen overheidscontrole. Het standaardtoezicht door de RvA, een zelfstandig bestuursorgaan, heeft louter betrekking op bekwaamheidsaspecten en

¹⁶² Stuurman 1995, p. 37.

¹⁶³ Sttrt. 2013, 20863.

¹⁶⁴ Benoeming door een minister van bestuursleden van een conformiteitsbeoordelende instantie en goedkeuring van hun begroting en tarieven door de minister komen wel voor, maar met name als sprake is van wettelijk geregelde conformiteitsbeoordeling. De instantie zal dan waarschijnlijk sowieso gekwalificeerd moeten worden als bestuursorgaan ex art. 1:1, aanhef en onder b, Awb en de Staat zal dan sowieso onder het EVRM verantwoordelijk zijn voor het handelen van de instantie (zie par. 3.5.1). Zo heeft bijvoorbeeld de Stichting Bloembollenkeuringsdienst een algemeen en dagelijks bestuur waarvan de onafhankelijke voorzitter wordt benoemd door de minister van Economische zaken. De benoeming van de directeur van de BKD wordt door deze verantwoordelijke minister goedgekeurd. De tarieven en begroting zijn aan goedkeuring van het ministerie van Economische Zaken onderworpen. Zie Jaarverslag BKD Bloembollenkeuringsdienst 2014, p. 36. Deze stichting is echter een instantie, bedoeld in de art. 12 en 13 van Richtlijn 98/56/EG, PbEG 1998, L 226/16, die onder meer is belast met keuringen om vast te stellen of teeltmateriaal van bloembollen voldoet aan de in deze richtlijn genoemde vereisten. Leveranciers mogen bloembollen slechts in de handel brengen wanneer zij voldoen aan de artikelen 3 tot en met 9 van Richtlijn 98/56/EG en bij of krachtens het Landbouwkwaliteitsbesluit 2007 gestelde regels. Bij die keuring gaat het om conformiteitsbeoordeling in de vorm van inspectie, waarvoor de stichting door de RvA is geaccrediteerd en die een basis heeft in genoemde richtlijn, de Landkwaliteitswet en het Landbouwkwaliteitsbesluit 2007. De Stichting Bloembollenkeuringsdienst is opgenomen in het register van zelfstandige bestuursorganen. Zie <https://almanak.zboregister.overheid.nl>. Het gaat hier om handelen van een governmental organisation, waarop het EVRM van toepassing is.

maakt niet dat toch van overheidscontrole sprake is. Conformiteitsbeoordeling geschiedt op kosten van de verzoeker; er zal dus in beginsel geen sprake zijn van directe overheidsfinanciering. Er kan wel subsidieverlening plaatsvinden. Subsidies zullen echter doorgaans niet worden verstrekt aan afzonderlijke conformiteitsbeoordelende instanties (dat zou kunnen leiden tot marktverstoring), maar worden verstrekt in het kader van stimulering van totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen op een bepaald terrein.¹⁶⁵

3.5.3 Waarborging EVRM-rechten bij overheveling taken naar private instellingen

Daarmee is het pleit over de kwestie of en wanneer normalisatie of conformiteitsbeoordeling onder de reikwijdte van artikel 1 EVRM valt nog niet beslecht. Volgens het EHRM kan de overheid zich niet ontdoen van haar verplichting de rechten van het EVRM te verzekeren door taken en bevoegdheden over te dragen aan private partijen of individuen. Hoewel het EVRM geen verbod inhoudt om bevoegdheden (voortvloeiend uit internationaal recht) over te dragen aan privaatrechtelijke organisaties, dient ook in dat geval de waarborging van de rechten neergelegd in het EVRM verzekerd te zijn.¹⁶⁶ Uit EVRM-rechten vloeien positieve verplichtingen voort, dat wil zeggen verplichtingen van de overheid om door actief optreden bepaalde grondrechten die uit het EVRM voortvloeien te beschermen.¹⁶⁷ In het kader van dit preadvies is in het bijzonder relevant dat positieve verplichtingen voortvloeien uit het recht op leven (art. 2 EVRM) en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het gezins- en familieleven (art. 8 EVRM). Deze positieve verplichtingen kunnen gevolgen hebben voor mogelijkheden van overheden om normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instellingen in te schakelen voor het borgen van een publiek belang.

Artikel 2, eerste lid, eerste volzin, EVRM bepaalt dat het recht van eenieder op leven wordt beschermd door de wet. Het EHRM heeft in het richtinggevende arrest *Önerjildiz* geoordeeld dat deze bepaling een positieve verplichting bevat voor staten om de geëigende stappen te nemen om het leven van degenen die binnen hun jurisdictie vallen te beschermen. Dit brengt mee dat de Staat een wettelijk en bestuurlijk kader moet scheppen om te voorzien in effectieve bescherming tegen levensbedreigende situaties. De keuze van de inhoud van de maatregelen valt binnen de ‘margin of appreciation’ van de verdragsstaten. Er mag geen disproportionele last worden opgelegd aan overheden. De ‘margin’ is ruim als het gaat om ingewikkelde sociale of technische kwesties.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Met dank aan drs. ing. Ed Wieles, hoofd strategie & ontwikkeling, RvA; Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 19.

¹⁶⁶ Zie o.m. EHRM 25 maart 1993, NJ 1995, 725, m.nt. EAA (*Costello-Roberts/ Verenigd Koninkrijk*), r.o. 26; EHRM 1 maart 2005, AB 2006, 258, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Wos/Polen*), r.o. 60, 73. Zie ook Zijlstra 2008, p. 42.

¹⁶⁷ Zie hierover in het algemeen: Gerards 2011, p. 229-232; zie ook bijvoorbeeld Verschuuren 2004, p. 261-276.

¹⁶⁸ EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. Woltjer, EHRC 2005, 10, NJ 2005, 210, m.nt. EAA, M&R 2005, 13, m.nt. MK (*Önerjildiz/Turkije II*), i.h.b. r.o. 71-73, 89-91; EHRM 1 maart 2005, AB 2006, 274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJ 2006, 251, EHRC 2005, 53 (*Bône/*

Vergelijkbare verplichtingen kunnen worden afgeleid uit het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het familie- en gezinsleven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM, in het bijzonder met betrekking tot het adequaat informeren van betrokkenen over bepaalde gezondheidsrisico's. De verplichtingen vloeien voort uit dit artikel voor zover aan een bepaalde activiteit bepaalde gezondheidsrisico's zijn verbonden, maar de betrokken activiteit bij iemand nog niet heeft geleid tot een levensbedreigende ziekte.¹⁶⁹

Als wordt overwogen bepaalde risicovolle activiteiten niet meer aan een systeem van overheidstoestemmingen en -toezicht te onderwerpen, maar de borging van een bepaald publiek belang aan private partijen over te laten, moet een aandachtpunt zijn of de overheid de verantwoordelijkheden die zij op grond van het EVRM heeft, met de beoogde wettelijke regeling kan waarmaken. Het EVRM brengt mee dat de overheid niet op private systemen en sancties mag vertrouwen indien gevaar voor derden daardoor onvoldoende wordt weggenomen.¹⁷⁰

Daarmee is natuurlijk zeker niet gezegd dat het leggen van verantwoordelijkheden bij private partijen voor borging van belangen van veiligheid of gezondheid zonder meer in strijd is met artikel 2 EVRM (laat staan art. 8 EVRM). Waar het om gaat, is of bevoegdheden die bestuursorganen op grond van de wet hebben voor het beschermen van levens van burgers voldoende zijn om 'EVRM-proof' te zijn. Zo ligt het bij overhevelen van taken op het gebied van veiligheid of gezondheid van overheden naar private partijen in de rede te voorzien in overheidstoezicht.¹⁷¹

Het Hof ziet de rechterlijke macht als integraal onderdeel van de Staat. Dat brengt met zich dat de nationale rechter gehouden kan zijn tot toepassing en uitleg van het EVRM in geschillen tussen particulieren. Hij kan hiertoe in beginsel ook gehouden zijn in de verhouding tussen een normalisatie-instelling of conformiteitsbeoordelende instelling en een particulier.¹⁷²

Bij privaatrechtelijke rechtsgeschillen toetst het Hof of de interpretatie door de nationale rechter van 'juridische documenten, zoals een testament, een privaatrechtelijk contract, een publiekrechtelijk stuk, een wettelijke bepaling of een administratieve praktijk' door een nationale rechter niet onredelijk, willekeurig, discriminatoir of anderszins in strijd is met de aan het EVRM ten grondslag liggende beginselen.¹⁷³ De geschillen waarin tot een schending van het EVRM werd geconcludeerd, betreffen 'hardcore privaatrechtzaken' op het gebied van

Frankrijk); EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (Budayeva/Rusland), i.h.b. r.o. 132, 134-135; EHRM 24 juli 2014, AB 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014/240, m.nt. J.M. Emaus (Brincat/Malta), i.h.b. r.o. 101. Zie ook Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 86-87; Freriks 2008, p. 184-186.

169 EHRM 24 juli 2014, AB 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (Brincat/Malta), i.h.b. r.o. 102. Zie voor de aanvullende betekenis van art. 8 EVRM in dit verband in het bijzonder de noot van Barkhuysen en Van Emmerik onder dit arrest onder punt 3. Vgl. o.m. EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90, AB 1996, 56, m.nt. ICvdV (Lopez Ostra/Spain), r.o. 51; EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690 (Guerra and others/Italy), r.o. 57-60.

170 Freriks 2008, p. 223 en 224.

171 Freriks 2008, p. 209, 224.

172 Vgl. EHRM 30 juli 2009, EHRC 2009/113 (Danilenkov/Rusland), r.o. 120.

173 EHRM 16 december 2008, EHRC 2009/17, m.nt. J.H. Gerards, AB 2009, 286, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJ 2010, 149, m.nt. E.A. Alkema (Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden), r.o.

erfrecht en huurrecht en gingen niet over zaken als conformiteitsbeoordeling of normalisatie.¹⁷⁴

De vraag die zich aandient, is wanneer horizontale werking van EVRM-rechten in de verhouding tussen een normalisatie-instelling of conformiteitsbeoordelende instelling en een particulier in beeld zou kunnen komen. Als het gaat om aansprakelijkheden voor onrechtmatig handelen in het kader van normalisatie, moet worden vastgesteld dat elke NEN-norm een disclaimer bevat waarin is opgenomen dat noch NEN, noch de normcommissie aansprakelijk is voor onjuistheden in een norm.¹⁷⁵ Wanneer dit beding niet zou kunnen worden ingeroepen, met name gelet op het bepaalde in afdeling 6.5.3 BW, is een civielrechtelijke kwestie, waarop ik in het kader van dit preadvies niet in kan gaan. Ik merk wel op dat naleving van een NEN-norm in ieder geval (geheel) vrijwillig is als de wetgever er niet naar verwijst. Het toepassen van een NEN-norm is dan een eigen verantwoordelijkheid van een burger of bedrijf. Zij moeten ook nagaan wat de inhoud van een norm is. De normen zijn in beginsel steeds vatbaar voor discussie.¹⁷⁶ Het ligt niet in de rede dat de rechter op grond van positieve verplichtingen van het EVRM regelmatig gehouden zal zijn aansprakelijkheid van een normalisatie-instelling aan te nemen.

Conformiteitsbeoordelende instellingen exoneren hun aansprakelijkheid jegens de aanvrager in de praktijk in vergaande mate. Aansprakelijkheid wegens opzet of roekeloosheid kan in beginsel echter niet worden uitgesloten in algemene voorwaarden. Ook andere aansprakelijkheidsbeperkingen in algemene voorwaarden kunnen onder omstandigheden onredelijk bezwarend zijn als bedoeld in artikel 6:233 BW. Ik kan hierop hier verder niet ingaan. Een conformiteitsbeoordelende instantie kan jegens een derde – in het bijzonder de afnemer van de aanvrager van een conformiteitsverklaring die op de juistheid van de verklaring vertrouwde – aansprakelijk zijn op grond van onzorgvuldig handelen jegens hem, als zij in strijd met de eigen regels de verklaring heeft afgegeven. De derde zal in geval van productcertificatie echter aannemelijk moeten maken dat de toestand van het product ten tijde van de keuring reeds zodanig gebrekkig was dat er geen certificaat had mogen worden toegekend. Het relativiteitsvereiste werpt voor de aansprakelijkheid van conformiteitsbeoordelende instanties (als

33; EHRM 13 juli 2004, nr. 69498/01, EHRC 2004/87, m.nt. E. Brems, NJ 2005, 508, m.nt. J. de Boer (Pla & Puncernau/Andorra), r.o. 59.

174 Gerards 2011, p. 263, 281-286, 290; Van Emmerik 2010, p. 72-73; Sieburgh 2015, p. 505-531, i.h.b. p. 508-515. Zie EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 508, m.nt. J. de Boer (Pla & Puncernau/Andorra), r.o. 44-46, 59-63; EHRM 16 december 2008, NJ 2010, 149, m.nt. E.A. Alkema (Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden), r.o. 30-35, 43-50; EHRM 1 december 2009, EHRC 2010/21, m.nt. H. van Hedel, NJ 2010, 206, m.nt. S. Perrick (Velcea & Mazare/Roemenië), r.o. 127-134. Zie ook bijvoorbeeld: HR 29 september 2009, NJ 2010, 658, m.nt. E.A. Alkema (Esthéticienne Beheer/Coöperatie Woningeigenaren Waterpark It Soal).

175 Zie ook art. 10.2.1. van het Huishoudelijk reglement van NEN dat bepaalt dat NEN voorzitters en leden van raden en commissies, alsmede de organisaties of instellingen op voordracht waarvan de leden zijn benoemd, vrijwaart voor enige aansprakelijkheid voor directe of indirecte schade, ontstaan door of verband houdend met toepassing van de door haar gepubliceerde normen. Art. 10.2.2 van dit reglement bepaalt dat NEN niet aansprakelijk is voor directe of indirecte schade ontstaan door of verband houdend met de toepassing van door haar gepubliceerde normen.

176 Zie Lin Yuen, Technische normen en aansprakelijkheid, www.vandersteenhoven.nl.

zij private instanties zijn) mogelijk geen blokkade op.¹⁷⁷ Zowel bij aansprakelijkheid jegens de aanvrager als jegens de derde is niet ondenkbaar dat aan bepaalde EVRM-rechten een betekenis toekomt.

3.5.4 Betekenis van het EU-Grondrechtenhandvest

Voor de volledigheid ga ik hier ook even in op het EU-Grondrechtenhandvest.¹⁷⁸ Het Handvest is merendeels een codificatie van de reeds binnen het Unierecht geldende rechten: het EVRM, de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, de internationale verplichtingen die de lidstaten gemeen hebben en de door de Unie en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten.¹⁷⁹ Het Handvest richt zich tot de lidstaten uitsluitend wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen (art. 51, eerste lid, Handvest). Dit is het geval waarin de toepasselijke nationale regelgeving uitvoering geeft aan het Unierecht of wanneer een nationale maatregel een beperking oplevert van een van de vier verdragsvrijheden.¹⁸⁰

Het Handvest kent veel bepalingen die corresponderen met verplichtingen op grond van het EVRM. Zo correspondeert artikel 2 Handvest met artikel 2 EVRM (recht op leven) en artikel 7 van het Handvest met artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven). Artikel 52, derde lid, van het handvest bepaalt dat voor zover dit rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt. Uit de toelichting bij artikel 52, derde lid, blijkt dat inhoud van de in het Handvest gewaarborgde met EVRM-rechten corresponderende rechten niet alleen wordt bepaald door de tekst van het EVRM, maar ook door de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie.¹⁸¹

Het Handvest kent ook artikelen die in het bijzonder zijn gebaseerd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zo geldt dit voor artikel 16 van het Handvest, dat bepaalt dat de vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken. Dit artikel is gebaseerd op jurisprudentie van het Hof waarin de vrijheid een

¹⁷⁷ Verbruggen 2013 inclusief verwijzingen naar jurisprudentie. Zie voor aansprakelijkheid van een conformiteitsbeoordelende instantie jegens een derde in het bijzonder HR 29 juni 2006, RvdW 2007/644 (Stichting Nederlandse Algemene Kwaliteitsdienst Tuinbouw), r.o. 3.3-3.5. Zie over relativiteit in deze context Rb. Amsterdam 7 juni 2006, JOR 2000/153, r.o. 6.3.

¹⁷⁸ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 7 december 2000, PbEG 2000, C 364/1.

¹⁷⁹ Preambule van het Handvest, PbEG 2000, C 364/8.

¹⁸⁰ Bulterman 2015, p. 55-62; Van Heijningen & Wissels 2015, p. 139-146; HvJ EU 30 april 2014, zaak C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, EHRC 2014/141, NJ 2014, 354, m.nt. Mok (Pfleger); HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-483/12, ECLI:EU:C:2014:304, EHRC 2014/162 (Pelckmans). Zie Bulterman 2015, p. 61-62.

¹⁸¹ Bulterman 2015, p. 13-16.

economische of een handelsactiviteit uit te oefenen en de contactuele vrijheid zijn erkend¹⁸² en op artikel 119, eerste en derde lid, VWEU.

Of en in hoeverre het Handvest toegevoegde waarde heeft in de context van normalisatie en conformiteitsbeoordeling moet zich nog uitwijzen. In het bijzonder biedt jurisprudentie nog weinig houvast voor beantwoording van de vraag in hoeverre het Handvest in een horizontale relatie tussen een burger en een conformiteitsbeoordelende of normalisatie-instelling van toepassing kan zijn en wat dat kan betekenen.¹⁸³

¹⁸² Zie onder meer HvJ EG 14 mei 1974, zaak C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51 (*Nold/Commissie*), r.o. 14; HvJ EG 27 september 1979, zaak C-230/78, ECLI:EU:C:1979:216 (*SpA Eridania e.a./Italië*), r.o. 20 en 31; HvJ EG 5 oktober 1999, zaak C-240/97, ECLI:EU:C:1999:479 (*Spanje/Commissie*), r.o. 99.

¹⁸³ Zie over horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: Bulterman 2015, p. 65-67.

4 Ijpunten voor gebruik van normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke domein

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt nagegaan wat belangrijke ijpunten zijn bij keuzes van de wetgever of het bestuur inzake inschakeling van normalisatie en conformiteitsbeoordeling en welke betekenis zij in dat kader hebben. Daarbij gaat het in de kern om twee keuzemomenten: óf zij worden ingeschakeld en zo ja, op welke manier. Voor de beantwoording van de vraag of een bepaalde manier van inschakelen van deze instrumenten verantwoord is, moeten we verder kijken dan het geldende recht. Een verantwoord gebruik betekent dat het handelen van de wetgever, bestuursorganen, normalisatie- en conformiteitsinstellingen dat gericht is op de behartiging van een bepaald publiek belang in onderlinge samenhang bezien, voldoet aan bepaalde kwaliteitsmaatstaven ofwel ijpunten.

Bij de bespreking van de hierna volgende ijpunten bij de beslissingen ‘of’ en ‘hoe’ in dit hoofdstuk is geen volledigheid nagestreefd. Het gaat om een verkenning.

4.2 Inspiratiebronnen voor ijpunten

Bij het bepalen van de inhoud van kwaliteitsmaatstaven waaraan moet worden voldaan bij gebruik van conformiteitsbeoordeling of normalisatie voor behartiging van publieke belangen, kunnen beginselen van behoorlijke wetgeving als inspiratiebron dienen. Als beginselen van behoorlijke wetgeving gelden in het Verenigd Koninkrijk de volgende vijf ‘Principles of Good Regulation’:

- a. proportionality: regulators should only intervene when necessary. Remedies should be appropriate to the risk posed and costs identified and minimised;
- b. accountability: regulators must be able to justify decisions and be subject to public scrutiny;
- c. consistency: government rules and standards must be joined up and implemented fairly;
- d. transparency: regulators should be open and keep regulations simple and user-friendly;

- e. targeting: regulations should be focused on the problem and minimise side effects.¹

Ook de *Aanwijzingen voor de regelgeving* zijn van belang. Deze zijn vastgesteld bij besluit van de minister-president ‘handelend in overeenstemming met het gevoelen van de raad van ministers.’² De aanwijzingen zijn bedoeld om in acht te worden genomen door ambtenaren van ministeries. Voor inschakeling van normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn in het bijzonder de aanwijzingen 6, 7 en 8 relevant. De aanwijzingen 6, 7 en 8 kunnen worden gezien als een uitdrukking van de basisgedachte dat burgers zo veel mogelijk in staat moeten worden gesteld zichzelf de wet te stellen.³

Aanwijzing 6 bepaalt dat tot het tot stand brengen van nieuwe regelingen alleen wordt besloten, indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan.

In aanwijzing 7 is neergelegd welke stappen moeten worden gezet alvorens tot het treffen van een regeling wordt besloten. Belangrijke stappen betreffen (a) kennisvergaring, (b) concrete en nauwkeurige vaststelling van doelstellingen en (c) onderzoek in hoeverre de doelstellingen door middel van zelfregulerend vermogen kunnen worden gerealiseerd dan wel daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is. Indien overheidsinterventie noodzakelijk is, wordt onderzocht hoe de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt (d).

Aanwijzing 8 bepaalt dat bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken zo veel mogelijk wordt aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren.

In de toelichting wordt gesteld dat ook wanneer overheidsinterventie noodzakelijk is, aangesloten kan worden bij het zelfregulerende vermogen door gebruik te maken van normalisatie en certificatie.

Voor de afweging wanneer en in welke mate dit aanvaardbaar is, is met name paragraaf 2.1 van de aanwijzingen relevant. Daarin zijn aanwijzingen opgenomen over duidelijkheid van de doelstellingen en of die met regelgeving zijn te bereiken (in het bijzonder aanwijzingen 7 en 9), hanteerbaarheid van regels (aanwijzing 10), zo beperkt mogelijke lasten voor burgers, bedrijven en instellingen (aanwijzingen 9 en 13) en proportionaliteit tussen doelen van een regeling en de voor een of meer belanghebbende nadelige gevolgen (aanwijzing 15).

1 Dit toetsingskader komt op hoofdlijnen overeen met toetsingskaders die in veel andere Europese landen, waaronder Nederland, worden gehanteerd. De meeste staten hebben geen wet waarin kwaliteitseisen voor wetgeving zijn neergelegd. Een uitzondering is het Verenigd Koninkrijk, waarin deze eisen zijn neergelegd in de ‘Legislative and Regulatory Reform Act 2006’. Van Ommeren 2012, p. 108.

2 De huidige aanwijzingen zijn vastgesteld bij besluit van 18 november 1992 (Strt. 1992, 230) en laatstelijk gewijzigd bij besluit van 1 april 2011 (Strt. 2011, 6022).

3 Zie in dit kader over het ‘gebod van autonomie’ voor de wetgever: Witteveen 2015, p. 339-347.

In de toelichting bij aanwijzing 8 worden, voor zover hier relevant, als aandachtpunten genoemd:

- het voorkomen van verstoring van mededinging;
- het voorkomen van dubbele uitvoeringslasten voor de burger of het bedrijfsleven (als gevolg van naast elkaar gelden van publieke en private normen);
- de wetgever moet zo veel mogelijk nagaan of bij totstandkoming van de normen alle relevante belangen betrokken zijn;
- tevoren moet bedacht worden dat de certificerende en accrediterende instellingen bestuursorgaan in de zin van de Awb zijn voor zover hun openbaar gezag is toegekend en of het wenselijk is dat zij zelfstandig bestuursorgaan zijn;
- aanwijzingen 92 (statische en dynamische verwijzing) en 190 (kenbaarheid van normen), zijn van belang voor normen van niet-publiekrechtelijke oorsprong en buitenlandse of internationale normen (zie hierover ook par. 2.2.5 en 2.2.6).⁴

De *beginselen van goed of deugdelijk bestuur* zijn eveneens een uitstekende bron voor een beoordelingskader voor gebruik van normalisatie of conformiteitsbeoordeling door de overheid. Als beginselen van goed of deugdelijk bestuur kunnen worden genoemd:

- a. openheid en integriteit. Het bestuur is open en integer en maakt duidelijk wat het daaronder verstaat. Het geeft in zijn gedrag het goede voorbeeld, zowel binnen de organisatie als daarbuiten;
- b. participatie. Het bestuur weet wat er leeft in de maatschappij en laat zien wat het daarmee doet;
- c. behoorlijke contacten met burgers. Het bestuur zorgt ervoor dat hijzelf en de organisatie zich behoorlijk gedragen in contacten met burgers;
- d. doelgerichtheid en doelmatigheid. Het bestuur maakt de doelen van de organisatie bekend en neemt de beslissingen en maatregelen die nodig zijn om de gestelde doelen te behalen;
- e. legitimiteit. Het bestuur neemt de beslissingen en maatregelen die het mag nemen en die in overeenstemming zijn met geldende wet- en regelgeving. De beslissingen zijn te rechtvaardigen;
- f. lerend en zelfreinigend vermogen. Het bestuur verbetert zijn prestaties en die van de organisatie, en richt de organisatie hier op in;
- g. verantwoording. Het bestuur is bereid zich regelmatig en ruimhartig jegens de omgeving te verantwoorden.⁵

4 Strrt. 2000, 191, p. 1, 7. Deze aanvulling is mede gebeurd op basis van de nota 'Internationaal is de norm'. Kamerstukken II 1999/2000, 21 670, nr. 10.

5 Nederlandse code voor goed openbaar bestuur. Beginselen van deugdelijk overheidsbestuur, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2009; vgl. Addink 2010, p. 28-31. Addink noemt de mensenrechten, de code niet.

Daarnaast kunnen ook *fundamentele rechten* voor dit beoordelingskader van betekenis zijn, zoals het recht op leven en op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (zie par. 3.5).⁶ Fundamentele rechten en beginselen van goed bestuur vertonen overigens enige overlap. In artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is het recht op behoorlijk bestuur neergelegd en uitgewerkt.⁷

Voor de toetsing of bij gebruik van conformiteitsbeoordeling of normalisatie aan bepaalde ijkpunten wordt voldaan, kan gebruik worden gemaakt van wat we uit (empirisch) onderzoek weten over het functioneren van systemen van normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Daarbij gaat het vooral om het realiseren van gestelde doelen en doelmatigheid. Resultaten van dergelijk onderzoek zijn dan ook in de volgende paragrafen verwerkt.⁸

4.3 Ijkpunten bij de beslissing normalisatie of conformiteitsbeslissing te gebruiken

In deze paragraaf bespreek ik de volgende ijkpunten voor de beantwoording van de vraag of normalisatie of conformiteitsbeoordeling door de overheid verantwoord kan worden gebruikt voor de behartiging van publieke belangen:

- formeeldemocratische legitimiteit (par. 4.3.1);
- sociale en marktlegitimiteit en participatie (par. 4.3.2);
- kenbaarheid (par. 4.3.3);
- doeltreffendheid (par. 4.3.4);
- doelmatigheid (par. 4.3.5).

Waar nodig wordt bij een ijkpunt afzonderlijk ingegaan op de betekenis voor normalisatie en die voor conformiteitsbeoordeling.

4.3.1 Formeeldemocratische legitimiteit

Waar in wetgeving naar technische normen wordt verwezen of naar conformiteitsverklaringen, luistert nauw dat de normen of beslissingen inzake conformiteitsverklaringen uiteindelijk democratisch zijn gelegitimeerd.

Democratische legitimatie in enge, meer formele zin opgevat, houdt in dat de burgers bindende beslissingen worden genomen door een vertegenwoordigend

6 Zie ook Addink 2010, p. 28, 31.

7 Over de toepasselijkheid van het Handvest is in par. 3.5.4 een en ander opgemerkt. Ik volsta hier met de opmerking dat art. 41 van het Handvest mede een bron van rechten van burgers tegenover het bestuur kan zijn. Genoemd kunnen worden de rechten van de verdediging, het recht om te worden gehoord en het recht op een onpartijdige behandeling van de zaak. Verhelderend hierover: Timmermans & Schlössels 2015.

8 Zie voor vergelijkbare analyses het preadvies van Scheltema, in het bijzonder par. 2.4, 2.5.4, 2.5.5, 3.3, 5.2 en 5.3.

orgaan, dus waarvan de leden gekozen zijn tijdens vrije en geheime verkiezingen, of door een orgaan dat voor zijn beslissing verantwoording is verschuldigd aan een vertegenwoordigend orgaan. Tegen die achtergrond is verwijzing naar technische normen of resultaten van conformiteitsbeoordeling in wetgeving of bestuursbesluiten kwetsbaar. Als de wetgever naar normen verwijst dienen zij door hem daadwerkelijk vooraf te zijn getoetst op draagvlak, inhoudelijke kwaliteit en overeenstemming met geschreven en ongeschreven recht en moet die toetsing zijn neergelegd in voor ieder toegankelijke documenten.⁹ Dit betekent dat in beginsel statisch naar normen wordt verwezen. Bij een statische verwijzing vindt de verwijzing naar een normdocument plaats met vermelding van vindplaats en jaar van uitgaaf. Als de inhoud van het normdocument wijzigt, is het pas bindend als de wetgever naar het gewijzigde normdocument heeft verwezen. Deze wijze van verwijzing is overigens de gebruikelijke (en conform aanwijzing 92, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

Als in regelgeving enig rechtsgevolg wordt verbonden aan een bepaalde conformiteitsverklaring, zou moeten zijn voorzien in een bevoegdheid van een minister om de conformiteitsbeoordelende instantie aan te wijzen en daarop toezicht te houden. De minister dient dan te bewaken dat de conformiteitsbeoordelende instelling in haar functioneren blijf geeft van doeltreffendheid ofwel effectiviteit, integriteit, bekwaamheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Afhankelijk van de rechtsgevolgen die aan een conformiteitsverklaring of een norm zijn verbonden, kan het in meer of mindere mate van belang zijn dat bestuursorganen een rol hebben bij de totstandkoming van normen of van beoordelingsrichtlijnen die bij die conformiteitsbeoordeling worden gehanteerd. Door betrokkenheid aan de dag te leggen, kan het bestuursorgaan in een vroeg stadium medeverantwoordelijkheid nemen voor de totstandkoming van duidelijke, adequate en voor de praktijk werkbare normen of beoordelingsrichtlijnen.¹⁰

4.3.2 Sociale en marktlegitimiteit en participatie

Formeeldemocratische legitimiteit van normen en conformiteitsbeoordeling waaraan rechtsgevolgen worden verbonden is niet voldoende. Democratie is een (veel) ruimer begrip. Het gaat niet alleen om de mogelijkheden voor burgers om invloed op beleid uit te oefenen via vertegenwoordigende organen. Daarbij horen (naar huidige opvatting) ook participatie van alle betrokkenen en de mogelijkheden voor hen om zelf keuzes te maken, verantwoording, transparantie en openbaarheid.¹¹

Als voordeel van vormen van zelfregulering als normalisatie en conformiteitsbeoordeling (in vergelijking met wetgeving) wordt juist genoemd dat een grote bereidheid bij geadresseerden kan bestaan om zich te committeren aan bepaalde technische normen of een bepaald systeem van conformiteitsbeoordeling als zij

⁹ Vgl. Van Gestel & Micklitz 2013, p. 178.

¹⁰ Zie hierover, voor zover het gaat om conformiteitsbeoordeling: Evers 2004, p. 210, 213; Eijlander, Evers & Van Gestel, 2003, p. 34; Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 2, 21.

¹¹ Verhelderend in dit kader: Van Ommeren 2008b.

de inhoud van de normen of beoordelingsrichtlijnen kunnen beïnvloeden.¹² Dit brengt mee dat een normcommissie of college van deskundigen evenwichtig moet zijn samengesteld en alle betrokken belangen erin moeten zijn vertegenwoordigd. Het betekent ook dat zij namens degene die zij vertegenwoordigen autonoom een standpunt in kunnen nemen.¹³ Wat Europeesrechtelijk, statutair en reglementair en beleidsmatig op dit punt voor normalisatie in Nederland is geregeld en in hoeverre daarmee legitimiteit kan worden gerealiseerd, werd beschreven in paragraaf 3.2.2. Voor conformiteitsbeoordeling bestaan ter zake geen algemene regels; de regels verschillen per gebied en instantie. Bij de beslissingen van de RvA over acceptatie van schemabeheerders en beoordelingsrichtlijnen wordt overigens ook gekeken naar draagvlak en een evenwichtige samenstelling van de commissies die beoordelingsrichtlijnen vaststellen (zie par. 2.3.4.2).

Zowel bij normalisatie en conformiteitsbeoordeling is er een risico dat machtsconcentraties van enkele marktpartijen te veel een stempel op de uitkomsten van besluitvorming drukken en innovatie wordt belemmerd.¹⁴ In paragraaf 3.2.2.1 kwam aan de orde dat met name krachtige marktpartijen de keuze maken deel te nemen aan normalisatie. Eerder verricht onderzoek op het gebied van conformiteitsbeoordeling heeft laten zien dat de samenstelling van colleges van deskundigen kwetsbaar is met betrekking tot de evenwichtigheid ervan.¹⁵ De procedures die bij deze colleges worden gehanteerd zijn, anders dan die van de normalisatie-instellingen, vaak niet bekend. Algemene regels ten aanzien van de samenstelling en de procedures ontbreken.¹⁶

Participatie van alle belanghebbende groeperingen – inclusief belangen- en ideële organisaties – is van belang voor sociale legitimiteit (ofwel maatschappelijk draagvlak) van normalisatie of conformiteitsbeoordeling. Sociale legitimiteit vraagt om regels en procedures die een kader bieden voor open beraadslagingen tussen deze groeperingen.¹⁷ Participatie van alle partijen op een markt en regels en procedures die dat faciliteren zijn daarnaast van groot belang voor de ‘markt-legitimiteit’ van normalisatie of conformiteitsbeoordeling.

Ook mededingingsrechtelijk brengt eenzijdigheid in samenstelling van normcommissies of colleges van deskundigen – bijvoorbeeld ondervertegenwoordiging van het mkb – risico’s met zich. Als de wetgever naar normalisatie of conformiteitsbeoordeling verwijst, is er, net als wanneer wetgever of bestuur zelf regulerend optreden, een risico van inbreuk op het vrij verkeer van goederen en diensten als bedoeld in het VWEU. Een en ander werd besproken in paragraaf 3.4.

Met overheidsdeelname kan het evenwicht tussen de belangen van de betrokken partijen worden bewaakt. Door participatie in normcommissies of colleges van

12 Eijlander 1993, p. 231; Van Ommeren 2012, p. 212-213.

13 Scott 2010, p. 7; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 19-20, 32; Peeters, Neerhof & De Boer, p. 67; Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p.12-19; Neerhof 2011, p. 309.

14 Zie bijvoorbeeld Scholten & De Wildt 2013, p. 68-72; interview gehouden met Nico Scholten, expert regelgeving en adviseur, Stichting Expertisecentrum Regelgeving Bouw, 27 juni 2014.

15 CvD’s zouden niet altijd evenwichtig zijn samengesteld: Evers 2002, p. 104; Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 69-70, 73.

16 Evers 2002, p. 105, 211-213.

17 Schepel 2005, p. 412-413.

deskundigen kunnen bestuursorganen bijdragen aan draagvlak van normen en conformiteitsbeoordeling (in het bijzonder de beoordelingsrichtlijnen) bij alle betrokkenen.¹⁸ Zo is er voor wat betreft beoordelingsrichtlijnen enige empirische basis voor de veronderstelling dat de motivatie in een sector om verantwoordelijkheid te dragen voor goede beoordelingsrichtlijnen en deze na te leven geringer is, als betrokken bestuursorganen niet duidelijk aanwezig zijn in het proces van totstandkoming ervan. Bij normalisatie en bij conformiteitsbeoordeling is er echter de algemene tendens dat overheden afstand houden tot normcommissies en CvD's en daarin veelal niet participeren.¹⁹

Voor draagvlak van normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn 'modes of control and accountability' nodig.²⁰ Daarmee kan tegendruk worden geboden aan druk om kosten te reduceren en op kwaliteit te besparen.²¹ Die tegendruk kan worden georganiseerd met transparantie over gehanteerde procedures, werkwijzen en betrokken partijen. Wettelijke of reglementaire bepalingen over samenstelling en werkwijzen van commissies en colleges, zoals bijvoorbeeld in de Normalisatieverordening en Statuten en Huishoudelijk reglement van NEN, kunnen daarbij een functie vervullen. Die functie kan echter hooguit een beperkte zijn, zeker als sanctie-instrumenten van overheidswege afwezig of beperkt zijn en, gelet op doelstellingen van zelfregulering, onwenselijk kunnen zijn. Openbaarmaking van de samenstelling van de gremia en gevolgde procedures zijn minstens zo belangrijk.

Voor draagvlak is verder nodig dat normcommissies, schemabeheerders en conformiteitsbeoordelende instanties in gesprek blijven met alle betrokken partijen over de genomen beslissingen en in het openbaar verantwoording afleggen voor tekortkomingen daarin. Er moet ook verantwoording worden afgelegd voor wat er gedaan wordt met inzichten die in de praktijk van toepassing van een norm of conformiteitsbeoordeling zijn verkregen.²²

4.3.3 Kenbaarheid

In een democratische rechtsstaat moeten burgers kunnen weten aan welke regels zij gebonden zijn.²³ Ook technische normen en beoordelingsrichtlijnen moeten

¹⁸ Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 83.

¹⁹ Daarmee voorkomen overheden dat zij zich binden aan de uitkomsten. Zie voor wat betreft participatie in CvD's: Neerhof 2013, p. 102-103; Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 67; Evers 2002, p. 215.

²⁰ Scott 2010, p. 8.

²¹ Scott 2010, p. 11. Als de kosten van normalisatie (deelname en gebruik) en van conformiteitsbeoordeling te hoog zijn, staat het draagvlak ook onder druk omdat een te klein deel van een sector deelneemt. Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 19-20, 32; Peeters, Neerhof & De Boer, p. 67.

²² Vgl. Scott 2010, p. 12. In het voorafgaande gaat het om 'democracy beyond the state' en 'democratic legitimacy as a function of communication rather than representation'. Zie Schepel 2012, p. 365-367.

²³ Zie over de eis dat wetten openbaar zijn: Witteveen 2015, p. 136-166.

in beginsel kenbaar zijn, in het belang van transparantie van besluitvorming en een open markt.

Over kenbaarheid van normen is al veel inkt gevloeid en er is ook in dit preadvies het een en ander over opgemerkt (par. 3.2.3). Noch het EVRM, noch het Unierecht, noch het nationale recht werpt belemmeringen op om een vergoeding voor het inzien te bedingen, ook als de wetgever ernaar verwijst. Vergoedingen kunnen gerechtvaardigd zijn omwille van bescherming van intellectuele eigendom. Zij moeten niet zo hoog zijn, dat zij leiden tot marktafscherming. Vergoedingen kunnen worden bedongen, mits de vergoeding die wordt bedongen redelijk is. Daarbij is mijns inziens van belang dat de normen veelal slechts door professionals kunnen worden begrepen en toegepast. Voor de bepaling van de hoogte van een vergoeding mag meewegen in hoeverre de 'gebruikers' zelf profijt hebben van een norm in de communicatie met andere marktpartijen. Des te meer profijt, hoe hoger de bedongen vergoeding naar mijn mening moet kunnen zijn.

Voor beoordelingsrichtlijnen die de basis vormen van conformiteitsbeoordeling bepalen internationale standaarden dat zij openbaar moeten zijn. Hieraan wordt zeker niet altijd voldaan. Het kabinet kondigde in 2003 in zijn standpunt over het gebruik van certificatie en accreditatie in het kader van overheidsbeleid aan in samenspraak met de centrale colleges van deskundigen, conformiteitsbeoordelingsinstanties en de RvA te streven naar een zo groot mogelijk transparantie. De internetsites van instanties zouden het geëigende medium zijn om daaraan gevolg te geven. 'Bij transparantie kan gedacht worden aan de publicatie van formele documenten, werkwijze in de praktijk, procedures en klachtenregelingen, en wellicht ook aan het openbaar maken van de resultaten van individuele certificaties.'²⁴ Nader onderzoek zou moeten uitwijzen wat terecht is gekomen van deze voornemens.

Er kunnen vergoedingen zijn verschuldigd voor het gebruik van een beoordelingsrichtlijn door een conformiteitsbeoordelingsinstantie. Aandachtspunt is of dit niet leidt tot afscherming van de markt voor conformiteitsbeoordelende instellingen en/of indirect voor producenten die op een bepaalde markt willen toetreden.

4.3.4 Doeltreffendheid

Gebruik van conformiteitsbeoordeling of normalisatie is zinvol als dat doeltreffend is. Onder doeltreffendheid versta ik de mate waarin een gesteld doel wordt bereikt.²⁵ Voor beantwoording van de vraag moet gekeken worden naar de juridische randvoorwaarden en naar beschikbare kennis over de omstandigheden waaronder deze instrumenten doeltreffend zijn.

4.3.4.1 Randvoorwaarden: juridisch en feitelijk

Eén belangrijk argument dat kan pleiten voor normalisatie of conformiteitsbeoordeling ter borging van publieke belangen is dat bij de private instellingen die deze activiteiten verrichten, anders dan bij de overheid, de kennis in huis is om

²⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 19.

²⁵ Zie Michiels 1998, p. 6.

ingewikkelde processen, producten of systemen goed te beoordelen. De overheid loopt met name bij snelle technische ontwikkelingen snel achter de feiten aan.²⁶ Niet voetstoots kan echter worden aangenomen dat dit voordeel zich kan realiseren.

Voor wat betreft het gebruik van normalisatie en conformiteitsbeoordeling kan als eerste voorwaarde worden genoemd iets wat aan het gebruik van zelfregulering door de wetgever in het algemeen wel wordt gesteld. Die voorwaarde houdt in dat de belangen van het individu of de groep waar het om gaat niet te veel moeten verschillen van het belang dat de overheid ermee wil realiseren. Zo kunnen de belangen van een bedrijfstak dermate contrasteren met de publieke belangen, dat de overheid het stellen van regels en het toezicht op de naleving bij zichzelf moet houden.²⁷

Een tweede voorwaarde vormen fundamentele rechten. Als wordt overwogen bepaalde risicovolle activiteiten niet meer rechtstreeks aan een systeem van overheidstoestemmingen en -toezicht te onderwerpen, maar normstelling voor en toezicht daarop primair aan private partijen over te laten, moet een aandachtspunt zijn of de overheid haar verantwoordelijkheden gelet op in het bijzonder artikel 2 EVRM en artikel 8 EVRM met de beoogde wettelijke regeling nog kan waarmaken. Het gebruik van conformiteitsbeoordeling is niet aangewezen als direct overheidsoptreden nodig is om voor acute problemen een oplossing te bieden. In gevallen van ernstige risico's voor gezondheid of veiligheid lijkt gebruikmaking van conformiteitsbeoordeling als enige instrument, zonder enige overheidsbetrokkenheid, niet aan de orde.²⁸

Verder is gebruik van met name conformiteitsbeoordeling niet geïndiceerd als risico's van onvolledige regelnaleving niet genomen kunnen worden. Dit is het geval als is gekozen voor een reguleringsvorm waarbij regelontduiking meteen de door de norm beoogde effecten frustreert, zoals bijvoorbeeld bij een systeem van verhandelbare emissierechten.²⁹

4.3.4.2 Kwaliteit van normen

In een democratische rechtsstaat behoren wetten en regels hanteerbaar te zijn voor alle betrokkenen en bruikbaar te zijn voor degenen die ermee moeten werken.³⁰ Normen zijn alleen nuttig voor realisatie van een bepaald belang als zij technisch-inhoudelijk geschikt zijn om het ermee beoogde doel te bereiken. In de 'checklist lastenarm maken normen' van NEN is dan ook neergelegd dat de desbetreffende beleidscommissie moet besluiten of de norm het juiste instrument is voor het behalen van het doel dat betrokkenen ermee willen bereiken. De te maken keuzen in de norm dienen te zijn afgesteld op het te bereiken doel. Een norm moet eenduidige eisen en afspraken bevatten die niet voor meerdere uitleg

26 Zie Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1 (Kabinetsstandpunt Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid), p. 14; Backx 1995, p. 93; Van Ommeren 2012, p. 218 en daarin opgenomen verwijzingen; Eijlander 1993, p. 228.

27 Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 19-20, 32; Eijlander 2000, p. 18; De Ridder 2009, p. 39.

28 Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p.13-14.

29 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 95.

30 Vgl. Witteveen 2015, p. 308-329, over het gebod van hanteerbaarheid voor de wetgever.

vatbaar zijn. Zij moet in duidelijke taal gesteld zijn en niet onnodig complex zijn, zodat de gebruiker deze goed toe kan passen.³¹ Waar mogelijk moet een eenvoudige toepassingsvariant worden opgenomen. Significante technische wijzigingen van een norm ten opzichte van eerdere versies moeten volgens deze checklist worden gespecificeerd en de redenen voor de herziening van de norm moeten in het voorwoord worden gegeven. Een norm moet compatibel zijn met de organisatieprocessen binnen de sector waar hij moet worden toegepast.³²

Als voordeel van normalisatie wordt vaak genoemd de expertise die daarbij wordt ingebracht door private partijen. Of en wanneer dit voordeel zich daadwerkelijk realiseert, is natuurlijk de vraag.

Onderzoek in de bouwwereld laat zien dat bouwfouten zelden een gevolg zijn van gebrekkige technisch-inhoudelijke kwaliteit van de normen.³³ Toch is er kritiek op de normen in de bouw. De inhoud van die kritiek is nogal technisch van aard, maar kan als volgt worden samengevat. De voorschriften in het Bouwbesluit 2012 zouden in samenhang met de technische normen waarnaar in dat besluit wordt verwezen niet altijd goede vertalingen zijn van de doelstellingen van dit besluit, zoals energiezuinigheid. Dit houdt verband met leemten in technische kennis.³⁴ Verder blijken de normen (inclusief voorschriften die ernaar verwijzen) vaak complex te zijn en te weinig samenhang te hebben. Daardoor zouden ontwerp- en/of uitvoeringsfouten kunnen ontstaan die op hun beurt kunnen leiden tot instortingen en andere incidenten.³⁵ De relatie tussen de inhoud van normen en achterliggende doelen en inzichten zou niet goed kenbaar zijn waardoor het kan gebeuren dat de normen 'blind' worden toegepast.³⁶

Vereenvoudigen van normen is vaak niet zonder meer mogelijk.³⁷ Oplossingen zouden vooral moeten worden gezocht in het vergroten van kennis over wet- en regelgeving bij 'gebruikers'.³⁸ Dit kan door het verder ontwikkelen van praktijkrichtlijnen voor generalisten die bij hun kennis aansluiten en ten minste het beschermingsniveau van de normen opleveren.³⁹

Wat hier over kwetsbaarheden van normen voor de bouw wordt gesteld in termen van doeltreffendheid en hanteerbaarheid, kan ook in meer of mindere mate spelen bij normen voor andere sectoren. Voor het krijgen van inzicht in de mate waarin dat het geval is, welke factoren daarop van invloed zijn en welke

31 Een norm moet zo weinig mogelijk doorverwijzingen bevatten naar andere normen die voor de toepassing essentieel zijn.

32 NEN doc. nr. 2012-14, nrs. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 en 13.

33 Neerhof 2013, p. 137 en daarin opgenomen verwijzingen.

34 Scholten & De Wildt 2013, p. 68-72; Terwel 2014, p. 1, 21, 23.

35 VROM-Inspectie 2007, p. 18; Kool, Kolner & Van der Meer, 2003, p. 3, 14-15; Terwel, p. 21; VROM-Inspectie 2008, p. 38; Derkink & Mans 2007, p. 17; Derkink, Hamerlinck, Van der Sluis & Mans 2010, p. 22, p. 29-30.

36 Expertisecentrum Regelgeving Bouw 2011, p. 3, 27-29; Derkink & Mans 2007, p. 17; VROM-Inspectie 2007, p. 18.

37 Boot 2011; Derkink, Hamerlinck, Van der Sluis & Mans 2010, p. 29-30.

38 Boot 2011.

39 Derkink, Hamerlinck, Van der Sluis & Mans 2010, p. 29-30; Derkink & Mans 2007, p. 18.

oplossingen mogelijk zijn, is echter nader onderzoek nodig. Daarbij kan ook onder de loep worden genomen wat aansprakelijkheidsrecht zou kunnen bijdragen aan de kwaliteit van normen.⁴⁰

4.3.4.3 Kwaliteit van conformiteitsbeoordeling

De kwaliteit van conformiteitsbeoordeling moet gewaarborgd zijn. Als algemene eisen waaraan conformiteitsbeoordelende instellingen bij uitvoering van beoordelingsactiviteiten moeten voldoen, worden in internationale en Europese standaarden onder meer genoemd: objectiviteit, specialiteit, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en zorgvuldigheid (zie par. 3.3.2).⁴¹ Over de inhoudelijke kwaliteit en betrouwbaarheid van conformiteitsbeoordelingen is een en ander bekend. In hun ‘Signalering certificering en toezicht’⁴² uit 2015 stellen de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) en de Inspectie SZW (ISZW) vast dat in de praktijk het bezit van certificaten of keurmerken niet in alle gevallen voldoende zekerheid biedt dat de desbetreffende bedrijven de wet- en regelgeving volledig naleven. Als risico’s bij gebruik van certificatie bij een toezichtregime worden genoemd:

- de controles door de certificerende instellingen (CI’s) zijn niet (altijd) van voldoende kwaliteit of niet voldoende inzichtelijk voor de Rijkstoezichthouder;
- CI’s zijn vaak terughoudend in het nemen van maatregelen of sancties wanneer bedrijven de certificatie-eisen niet of onvoldoende naleven.⁴³

Als mogelijke oorzaak wordt genoemd dat CI’s commerciële partijen zijn. Een CI wordt door een certificaathouder betaald voor het verkrijgen van het certificaat. Economische omstandigheden leiden er volgens de signalering toe dat er druk is op de CI’s om zo goedkoop mogelijk te werken, waardoor de kwaliteit van controles onder druk kan komen te staan.⁴⁴

Het is gebruikelijk dat conformiteitsbeoordelende instanties functioneren op een open markt. Dit geldt veelal ook als overheden er gebruik van maken en bij wet is bepaald dat de instellingen door de minister worden erkend of aangewezen. In beginsel kan iedere instelling zich dan kwalificeren voor een erkenning of aanwijzing.⁴⁵ Van een open markt kan een stimulans uitgaan om prijzen naar beneden bij te stellen.⁴⁶

Een open markt levert ook risico’s op, waarop de rijksinspectiediensten in hun signalering terecht wijzen en waarop ook door anderen al veelvuldig is gewezen. Wedijver om de gunst van de bedrijven kan worden bevorderd. Bedrijven kunnen

40 Zie hierover Schepel 2005, p. 384-387, 400-401.

41 Evers 2002, p. 96-101. Vgl. Gabriël-Breukers 2008, p. 55-60.

42 Bijlage bij een brief die door de minister van Economische Zaken op 14 januari 2015 naar de Tweede Kamer is gezonden. Kamerstukken II 2014/15, 29304, nr. 5.

43 Signaleren certificering in toezicht, p. 5.

44 Signaleren certificering in toezicht, p. 6.

45 Dat de criteria niet helder kunnen zijn, is een andere kwestie.

46 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 72.

dan gaan doen aan ‘forumshopping’ om een zo gunstig mogelijke beoordeling tegen zo gering mogelijk kosten te verkrijgen. De onafhankelijke positie van de instelling ten opzichte van cliënt kan onder druk komen te staan, waardoor de betrouwbaarheid van de conformiteitsverklaring negatief kan worden beïnvloed.⁴⁷

Wedijver hoeft niet zonder meer ten koste te gaan van kwaliteit. De markt kan ook prikkels bieden voor goede conformiteitsbeoordelingen. Cliënten kunnen zelf belang hebben bij uitgebreide en strenge beoordelingen. Beoordelende instellingen zullen belang hechten aan een betrouwbaar imago.⁴⁸ Ook kan van aansprakelijkheidsrisico’s bij cliënten druk uitgaan om conformiteitsbeoordelingen zorgvuldig te verrichten. Als de aansprakelijkheidsrisico’s in de sector zelf groot zijn, zullen de te controleren bedrijven eerder kiezen voor een hoogwaardige controle.⁴⁹ Van aansprakelijkheidsrisico’s voor de conformiteitsbeoordelende instellingen zou ook druk kunnen uitgaan. Deze instellingen lijken hun aansprakelijkheid jegens de aanvrager in de praktijk echter in vergaande mate te exoneren (zie par. 3.5.5). Een conformiteitsbeoordelende instantie kan echter ook jegens een derde – in het bijzonder de afnemer van de aanvrager van een conformiteitsverklaring die op de juistheid van de verklaring vertrouwde – aansprakelijk zijn op grond van onzorgvuldig handelen jegens hem, als zij in strijd met de eigen regels de verklaring heeft afgegeven.⁵⁰

Welke effecten marktwerking heeft op de partijdigheid of onpartijdigheid van de instellingen ten opzichte van de klanten en welke rol aansprakelijkheden daarbij kunnen spelen, kan moeilijk zijn in te schatten.⁵¹ Het is echter eerst verantwoord om conformiteitsbeoordeling in te schakelen in het publieke domein als hier een goed beeld van bestaat. Over betrouwbaarheid van erkende kwaliteitsverklaringen voor bouwproducten en -processen (waarmee kan worden aangetoond dat bij de toepassing ervan aan bepaalde eisen uit het Bouwbesluit 2012 wordt voldaan) is het een en ander bekend uit een evaluatie die is uitgevoerd in opdracht van de minister van BZK (2011).

Daaruit komt naar voren dat de meerderheid van ambtenaren van het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht weinig vertrouwen had in de markt van erkende kwaliteitsverklaringen en weinig zicht had op de impact van het stelsel van erkende kwaliteitsverklaringen voor borging van eisen uit de bouwregelgeving. Er zouden mogelijkheden bestaan tot ‘frauduleus handelen’. Dat betekent dat erkende kwaliteitsverklaringen zouden kunnen worden afgegeven voor een product of proces en de toepassing, terwijl in werkelijkheid niet is gegarandeerd dat aan nader genoemde eisen uit de

47 Evers 2004, p. 208-210; Evers 2002, p. 105-109, 221-223, 226, 228-229; Van Gestel 2005, p. 6-7; Peeters, Neerhof & De Boer 2003, p. 72-73; vgl. Gabriël-Breukers 2008, p. 153, 170-171, 327. De asbestsector is een voorbeeld van een sector ‘waarin het goed mis is gegaan’.

48 Evers 2002, p. 223.

49 Zie onder meer Evers 2004, p. 211. Zie over de prikkelfunctie van het aansprakelijkheidsrecht: Giesen 2005, p. 42-44; Van Rossum 2005, p. 93-95; Hartlief 2003, p. 34.

50 Verbruggen 2013 inclusief verwijzingen naar jurisprudentie. Zie voor aansprakelijkheid van een conformiteitsbeoordelende instantie jegens een derde in het bijzonder HR 29 juni 2006, RvdW 2007/644 (Stichting Nederlandse Algemene Kwaliteitsdienst Tuinbouw), r.o. 3.3-3.5.

51 Evers 2002, p. 223.

bouwregelgeving is voldaan.⁵² De coördinator van het stelsel van erkende kwaliteitsverklaringen, de Stichting Bouwkwaliiteit (SBK), zou nauwelijks gebruikmaken van de mogelijkheid bij ‘misstanden’ certificaten uit het overzicht van erkende kwaliteitsverklaringen te verwijderen.⁵³ Veelzeggend zijn ook opmerkingen in een rapport van de VROM-Inspectie ‘Private kwaliteitsborging in de bouwregelgeving’, eveneens uit 2011. Daaruit blijkt dat haar signalen bereiken over mogelijke onregelmatigheden bij certificatie. De signalen ‘doen vermoeden dat onder druk van de markt certificatie-instellingen certificaten afgeven die de toets der kritiek niet altijd kunnen doorstaan.’⁵⁴

Het voorgaande ging specifiek over de bouw, maar de ervaringen overstijgen afzonderlijke sectoren. Empirisch onderzoek dat tot nu is verricht laat zien dat de betrouwbaarheid van conformiteitsbeoordeling in het algemeen groter kan worden als er al langer mee wordt gewerkt.⁵⁵

Verder lijkt niet onbelangrijk hoe de RvA zijn taak vervult en of dit college gevoed wordt door relevante informatie van marktpartijen en van betrokken bestuursorganen met een handhavingstaak.⁵⁶ Cruciaal is ook of de RvA voldoende capaciteit heeft om zelfstandig onafhankelijk onderzoek te verrichten dat voor een accreditatie nodig is. Marktpartijen dragen de kosten van accreditatie. Dit leidt tot onderhandelingen.⁵⁷

4.3.5 Doelmatigheid

Naast de vraag in welke mate gebruik van conformiteitsbeoordeling of normalisatie door de overheid bijdraagt aan gestelde doelen ofwel doeltreffend is, is er de vraag in welke mate het bereiken van het doel geschiedt tegen de geringste kosten. Dit is de vraag naar doelmatigheid.⁵⁸ Onder welke omstandigheden met conformiteitsbeoordeling of normalisatie op een doelmatigere wijze publieke belangen worden geborgd dan door middel van (alleen) overheidsoptreden, is uiteraard niet in het algemeen te zeggen. Wel is er een aantal aandachtspunten voor doelmatige inschakeling ervan.

52 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 22. De precieze aard van de onregelmatigheden is een te complexe en te technische kwestie om hier verder te bespreken. Zie met name VROM-Inspectie 2011, p. 18.

53 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 18.

54 VROM-Inspectie 2011, p. 18. Zie echter voor kritiek op de onderbouwing van de uitspraken: Neerhof 2013, p. 112-113. Vgl. ook reeds Scholten 2001a, p. 443-455 en Scholten 2001b, p. 139-140 over de kwaliteit van erkende kwaliteitsverklaringen.

55 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 74-77.

56 Als bestuursorganen hun bevindingen met betrekking tot conformiteitsbeoordelingsinstanties bij de RvA overleggen, kan de RvA daaraan bij zijn controles bij deze instanties extra aandacht besteden zodat de kwaliteit van de conformiteitsbeoordeling nog beter wordt bewaakt. *Kamerstukken II 2014/15*, 29304, nr. 5, p. 4.

57 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 79-83; Evers 2002, p. 110-111, 225-227.

58 Zie Michiels 1998, p. 6.

4.3.5.1 Normalisatie en doelmatigheid

In de 'checklist lastenarm maken normen' van NEN is neergelegd dat bij de vaststelling van een norm 'een weloverwogen keus' wordt gemaakt van de te maken afspraken en dat het proportionaliteitsprincipe hierop van toepassing is. Een norm mag niet leiden tot niet gerechtvaardigde verhoging van de (administratieve en nalevings)lasten voor de gebruiker. De lasten dienen in een gezonde verhouding te staan tot het te bereiken doel. De norm zal in principe geen eisen stellen die strenger zijn dan de in een wet vastgelegde eisen. Normen behoren geen onnodige beproevingen, onnodige eisen of onnodige keuringsfrequenties voor te schrijven. In een norm moet er extra aandacht zijn voor de processen van organisaties die de norm uiteindelijk gebruiken.⁵⁹

Het vervangen van overheidsregulering door normalisatie kan onder omstandigheden zowel voor de overheid als voor particulieren een kostenbesparing opleveren. Of dat zo is, zal per bedrijfssector verschillen. Een kernfunctie van normalisatie is de communicatie in het economisch verkeer te vereenvoudigen en uniformeren. Daarmee kan worden bijgedragen aan het vermijden van onnodige kosten. Hierover weten we het een en ander op het gebied van het bouwen.

Scholten heeft erop gewezen dat de technische normen het maatschappelijk verkeer in de bouw vele malen goedkoper maken dan wanneer die normen er niet zouden zijn. De 'gehele bouwkolom' zou er in de jaren tachtig op hebben aangedrongen dat de wetgever aansluit bij wat de bouw via normalisatie tot stand brengt, 'om te voorkomen dat door regelgeving die daar niet of onvoldoende op aansluit, extra werk moet worden gedaan waardoor bouwwerken duurder in stichtingskosten worden en bouwprocessen stroperiger'. De twee afgelopen decennia zou de verbeterde wijze van formuleren van NEN-normen bovendien een forse verbetering opgeleverd hebben ten aanzien van de eenduidigheid van technische specificaties en daarmee tot een forse kostenbesparing hebben geleid. De kosten die zijn gemoeid met aanschaf van normbladen zouden, afgezet tegen het telkens opnieuw via onderhandeling moeten specificeren van producten en bouwwerken, beperkt zijn. Scholten geeft (impliciet) aan dat die kosten ook geringer zijn dan die welke gemaakt zouden worden als de wetgever niet zou aansluiten bij normalisatie en de regulering van bouwkwaliteit geheel zelf op zich zou nemen. Dan zou de wetgever onvoldoende de communicatie en het handelsverkeer tussen bij de bouw betrokken partijen (kunnen) faciliteren.⁶⁰ Het is niet onaannemelijk dat normalisatie ook in andere sectoren de functie kan vervullen zoals zij die in de bouw vervult.

Of en in hoeverre met normalisatie een kostenbesparing wordt gerealiseerd in vergelijking met overheidsregulering waarin niet bij normalisatie wordt aangesloten, vraagt om nader onderzoek.

⁵⁹ Zie voor de aanleiding tot de checklist en het daarin opgenomen over lasten: *Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193* (Kabinetsreactie op kenbaarheid van normen en normalisatie), p. 6. In par. 4.2.4 genoemde eisen van eenduidigheid en leesbaarheid (duidelijke taal, niet onnodig complex, waar mogelijk een eenvoudige toepassingsvariant) kunnen ook in de sleutel van proportionaliteit worden geplaatst. NEN, doc. nr. 2012-14, nrs. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 13.

⁶⁰ Scholten 2012.

4.3.5.2 Conformiteitsbeoordeling en doelmatigheid

In het algemeen draagt conformiteitsbeoordeling, als die wordt ingezet voor de borging van publieke belangen, het risico in zich van een administratieve lastenverschuiving van de overheid naar de sector zelf. Het vervangen van overheids-toezicht door meer conformiteitsbeoordeling kan de overheid besparingen opleveren, terwijl de kosten voor bedrijven en instellingen wel toenemen. Ook hoeft de inzet van conformiteitsbeoordeling niet zonder meer te betekenen dat de lasten van het toezicht door bestuursorganen ermee verminderen: het toezicht kan er ook vooral anders in plaats van minder door worden.⁶¹ De minister van Economische zaken schrijft in een brief van 14 januari 2015 aan de Tweede Kamer dat per stelsel moet worden bekeken ‘hoe het publieke toezicht en de certificatie het best op elkaar kunnen aansluiten. De uitdaging hierbij is dat er geen onnodige (dubbele) lasten ontstaan en er tegelijkertijd wel voldoende toezicht is om de naleving van wet- en regelgeving effectief te borgen’.⁶²

Van kostenbesparingen die met conformiteitsbeoordeling zou kunnen worden gerealiseerd in vergelijking met ‘puur’ overheidstoezicht, kan ik geen algemeen beeld schetsen. Er is het een en ander bekend uit de wereld van de bouw.

Van het eerder genoemde stelsel van erkende kwaliteitsverklaringen in de bouw is in een evaluatieonderzoek (2011) vastgesteld dat de *lastenverlichting* die het teweegbrengt voor de leveranciers, installatie- en bouwbedrijven en ambtenaren van bouw- en woningtoezicht gering is. Bij een uitgevoerde enquête was de score alleen bij leveranciers wat hoger.⁶³

4.4 Enkele ijkpunten bij de keuze hoe normalisatie of conformiteitsbeoordeling te gebruiken

Hierboven kwam de vraag aan de orde of en wanneer normalisatie of conformiteitsbeoordeling kan worden gebruikt voor het realiseren van publieke belangen. Een vervolgvraag is *hoe* het instrument van normalisatie of conformiteitsbeoordeling hiervoor het best kan worden gebruikt. Bij beide instrumenten doen zich daarbij keuzemomenten voor. Welke condities moet de wetgever formuleren waaraan moet worden voldaan? Moeten rechtsgevolgen worden verbonden aan een conformiteitsverklaring en zo ja, welke? Ik bespreek van een drietal van de ijkpunten die ook in paragraaf 4.3 aan de orde kwamen, welke betekenis zij hebben voor achtereenvolgens de wijze van gebruik van normalisatie en van conformiteitsbeoordeling voor de overheid. Dit zijn:

- doeltreffendheid (par. 4.4.1);
- formeeldemocratische legitimiteit (par. 4.4.2);
- sociale en marktlegitimiteit (eveneens in par. 4.4.2).

61 Vgl. Van Montfort & Van der Voort 2004, p. 233, 239.

62 Kamerstukken II 2014/15, 29304, nr. 5, p. 3.

63 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 23-24. Van belang is dat de respons bij de enquête laag was.

De ijkpunten kenbaarheid en doelmatigheid komen in deze paragraaf dus niet aan de orde.

4.4.1 Doeltreffendheid

4.4.1.1 Wijze van gebruikmaken van normen

Bij de inzet van normalisatie ter borging van publieke belangen zijn er twee belangrijke aandachtspunten die van doen hebben met doeltreffendheid. Het eerste aandachtspunt is of verwijzing naar de betreffende normen in de wet noodzakelijk is. De wetgever kan ervoor kiezen de normen door betrokkenen zelf tot stand te laten brengen en de mogelijkheid om wettelijke maatregelen te nemen slechts te gebruiken als drukmiddel om te bewerkstelligen dat zij tot stand komen en aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen. Verwijzing naar normen wordt achterwege gelaten. Er is dan sprake van een vorm van vervangende zelfregulering.⁶⁴ Hoe meer in de praktijk normen tot stand blijken te komen die een bepaald publiek belang dienen, hanteerbaar zijn en daadwerkelijk worden toegepast, des te meer de wetgever afstand kan houden.⁶⁵ Dat sluit aan bij de Aanwijzingen voor de regelgeving, in het bijzonder de aanwijzingen 6, 7 en 8 (zie par. 4.2).⁶⁶

Met een verwijzing naar normen drukt de wetgever explicieter uit verantwoordelijkheid te nemen voor de inhoud van de normen. Dat heeft tot gevolg dat toezicht op naleving en handhaving ervan in beginsel een overheidstaak wordt. Dit kan aangewezen zijn als de normen betrekking hebben op activiteiten die voor gezondheid of veiligheid risicovol zijn.

Het tweede aandachtspunt is op welke manier zal worden verwezen, als eenmaal de keuze is gemaakt om te verwijzen: dwingend of niet-dwingend. Voor wat betreft de wijze van verwijzing is in paragraaf 3.2.3.1 gesignaleerd dat beleid van het kabinet is dat in beginsel in wetgeving op ‘niet-dwingende wijze’ naar normen moet worden verwezen. Niet-dwingende verwijzing zou aansluiten bij ‘het vrijwillige karakter van normalisatie en bij de Nieuwe Aanpak richtlijnen in Europees verband’. Deze niet-dwingende wijze zou echter alleen werken als in de wet duidelijke en concrete doelvoorschriften zijn geformuleerd, waaraan de normen waarnaar wordt verwezen vervolgens inhoud geven.⁶⁷

Soms kiest de wetgever ervoor om dwingend naar een norm te verwijzen. Dit betekent dat om aan de gestelde eisen te voldoen, volgens de wet ook aan de norm moet worden voldaan. Een dwingende verwijzing zou volgens de regering steeds moeten worden beargumenteerd. Als mogelijke redenen worden genoemd: de implementatie van internationale wetgeving waarin dwingend naar een norm wordt verwezen of de wenselijkheid dat er één bepaalde meetmethode wordt

64 Van Ommeren 2012, p. 213.

65 Daarbij is ook van belang welke betekenis de rechter aan de normen toekent. Van Ommeren 2012, p. 211-212.

66 Strct. 2011, 6602. Zie in dit kader ook het ‘gebod van autonomie’ voor de wetgever: Witteveen 2015, p. 339-347.

67 Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 4-5, 7. Zie ook Aanwijzing 91a Aanwijzingen voor de regelgeving, Strct. 2011, 6602.

gebruikt die is vastgelegd in een norm.⁶⁸ Veel houvast biedt met name de laatstgenoemde mogelijke reden niet.

4.4.1.2 Wijze van gebruik van conformiteitsbeoordeling

Bij de keuze van de status die een conformiteitsbeoordeling moet krijgen in het rechtsverkeer met een bestuursorgaan, moet steeds een belangrijke overweging zijn wat de doelstellingen zijn die worden nagestreefd en op welke wijze die het best kunnen worden bereikt.

Bij de keuze tussen de erkennings-, toelatings- of toezichtsvariant is een belangrijke overweging dat het lonend moet zijn om over een bepaalde conformiteitsverklaring te beschikken. Het kan aantrekkelijk zijn dat een toezichthoudende ambtenaar minder frequent controlebezoeken aflegt of dat de controles minder intensief zijn. De 'handhavingsdruk' wordt dan minder. Het kan voor bedrijven nóg aantrekkelijker zijn dat een bestuursorgaan in beginsel op een conformiteitsverklaring moet afgaan. Welke keuze ook wordt gemaakt, zij moet voor burgers in ieder geval duidelijk zijn.⁶⁹

De keuze voor een erkennings- of toelatingsvariant kan eerst verantwoord zijn, als de beoordelende instellingen volledig open zijn over de gehanteerde normen en werkwijzen. Als nog risico's zijn verbonden aan het opereren van de beoordelende instellingen op een markt, is het aangewezen dat de betrouwbaarheid van conformiteitsbeoordelingen door een bestuursorgaan wordt gecontroleerd en dat toezichthouders zelf onderzoek doen. Dan komt de toezichtsvariant eerder in beeld. Bedrijven kunnen dan worden geprikkeld alleen genoegen te nemen met betrouwbare conformiteitsbeoordelingen.

Een andere keuzevraag is die tussen het vrijwillige of verplichte karakter van de conformiteitsbeoordeling. Wanneer wordt aangenomen dat in een sector een bepaald zelfregulerend vermogen aanwezig is, ligt vrijwillige conformiteitsbeoordeling in de rede.⁷⁰ Vrijwillige conformiteitsbeoordeling kan als voordeel hebben dat bedrijven meer echte bereidheid hebben mee te werken aan controles door de beoordelende instelling. Dan moeten bedrijven echter wel de positieve consequenties van deelname ondervinden, doordat de verkregen informatie wordt gebruikt voor prioritering van het toezicht.⁷¹ De beoordelingen moeten bovendien betrouwbaar zijn. Bij vrijwilligheid kan echter ook het risico bestaan dat de band tussen beoordelende instelling en bedrijf te innig wordt, zodat te gemakkelijk wordt aangenomen dat wordt voldaan aan de gestelde eisen.⁷²

Bij verplichte conformiteitsverklaring is er een gevaar dat de beoordelende instelling als een verlengstuk van de overheid wordt ervaren en marktpartijen zich daarnaar gaan gedragen. De aansluiting van de regels bij de praktijk kan afnemen. Een bedrijf kan zich niet meer onderscheiden met een

⁶⁸ Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 5.

⁶⁹ Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 67, 83.

⁷⁰ Het kabinet heeft in 2003 een voorkeur uitgesproken voor vrijwillige conformiteitsbeoordeling. Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 14.

⁷¹ Gabriël-Breukers 2008, p. 152, 177.

⁷² Gabriël-Breukers 2008, p. 152.

conformiteitsverklaring. Het is mogelijk dat bedrijven minder verantwoordelijkheid nemen voor naleving van de voorschriften. Er kan een grotere kans zijn dat calculerend gedrag ontstaat.⁷³ De concurrentieslag tussen beoordelende instellingen als gevolg daarvan zou kunnen leiden tot kwaliteitsverlies van de beoordelingen.⁷⁴ De kans op calculerend gedrag kan overigens kleiner worden als de toepasselijke regelgeving (wetgeving, normalisatienormen, beoordelingsrichtlijnen) duidelijk is.⁷⁵

Als de wet direct rechtsgevolgen verbindt aan een conformiteitsverklaring (erkenningsvariant) en/of als een conformiteitsverklaring wettelijk verplicht is gesteld, neemt de overheid een verantwoordelijkheid op zich dat de conformiteitsbeoordeling betrouwbaar is. Daar hoort bij dat wettelijke eisen worden gesteld aan de instanties, dat een instantie op basis van een toetsing aan die eisen op grond van de wet wordt aangewezen om conformiteitsbeoordeling uit te voeren, dat op de naleving ervan moet worden toegezien en handhavend wordt opgetreden als dat niet het geval is.⁷⁶

Zeker bij de keuze voor de erkenningsvariant en/of verplichte conformiteitsbeoordeling past dat bestuursorganen conformiteitsbeoordelende instellingen prikkelen kwaliteit te leveren. Bij de beoordelende instelling, de RvA en/of het CvD moet een klacht worden ingediend bij niet functioneren van het systeem van de conformiteitsbeoordeling.⁷⁷ Als vertegenwoordigers van bestuursorganen deelnemen aan de beraadslagingen over beoordelingsrichtlijnen van een CvD kunnen zij in een vroeg stadium medeverantwoordelijkheid nemen voor goede schema's (zie ook par. 4.3.1).⁷⁸ Niet alleen vanuit een legitimiteitsperspectief, ook vanuit een doeltreffendheidsperspectief kan overheidsbetrokkenheid dus aangegeven zijn.

Bij alle van de eerder besproken varianten (erkenning, toelating en toezichtsondersteuning ofwel indicatie) moet van een bestuursorgaan worden verlangd dat het zich ervan vergewist wat de exacte reikwijdte is van de uitspraak die in de

73 Signaleren certificering in toezicht, p. 6. De signalering van de rijkstoezichthouders is deels gebaseerd op een risicogestuurde selectie van bedrijven en is daarmee dus niet representatief voor de gehele 'certificeringssector'. Signaleren certificering in toezicht, p. 1.

74 Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 14; Van Erp, Peters & Verberk 2004, p. 244-245.

75 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 65-66. Zie over de keuze tussen vrijwillige en verplichte conformiteitsbeoordeling in dezelfde zin eerder Neerhof 2011, p. 316.

76 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 49, 74. Van Gestel plaatst hierbij (terecht) de kanttekening 'dat de flexibiliteit en doelmatigheid binnen het proces van certificatie verloren dreigen te gaan wanneer de overheid in wetgeving verantwoordelijk wordt gemaakt voor de inhoudelijke beoordeling vooraf of achteraf van private regels op basis waarvan wordt gecertificeerd of de kwaliteit van het toezicht door de RvA.' Van Gestel 2008, p. 153. Vgl. bijv. ook Engelhard 2010, p. 27.

77 Evers 2004, p. 211.

78 Van Gestel 2008, p. 153. Ook bij de toezichtsvariant kan het van belang zijn dat een bestuursorgaan betrokkenheid heeft bij de vaststelling van de normen of beoordelingsrichtlijnen die de beoordelende instellingen hanteren. Evers 2004, p. 210, 213; Eijlander, Evers & Van Gestel, 2003, p. 34; Kamerstukken II 2003/04, 29304, nr. 1, p. 2, 21. Overheidsbetrokkenheid is in beginsel niet nodig als de beoordelingen geen rol hebben bij toezicht en handhaving en zij alleen een informatiefunctie in het maatschappelijk verkeer vervullen. Het is de markt die dan zijn werk kan doen.

conformiteitsverklaring is gedaan, alvorens erop af te gaan.⁷⁹ We stuiten hier overduidelijk op een kwetsbaarheid.

Er is interessant onderzoek gedaan naar de wijze waarop wordt omgegaan met erkende kwaliteitsverklaringen voor bouwproducten of bouwprocessen door het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht. De VROM-Inspectie wees er in 2011 in een rapport (nog eens) op dat het bouw- en woningtoezicht in de praktijk 'vaak ophoudt bij de controle of er onder certificaat geleverd en/of gewerkt wordt. Het toezicht gaat slechts zeer sporadisch verder door ook te controleren of aan de uitgangspunten en toepassingsvoorwaarden van de certificaten in het concrete werkveld wordt voldaan.'⁸⁰ Dit zou in ieder geval betekenen dat de certificaten beter moeten worden bestudeerd. Maar het kan ook met zich brengen dat gemeentebesturen moeten inzetten op meer 'buitentoezicht' door toezichthoudende ambtenaren, waarbij controles worden uitgevoerd of aan de toepassingsvoorwaarden van een certificaat is voldaan.

4.4.2 Legitimiteit

4.4.2.1 Wijze van gebruikmaken van normen

Bij de wijze van verwijzen naar een norm is de legitimiteit van een norm van belang. In de eerste plaats is de markt- en sociale legitimiteit daarbij een aandachtspunt. Hoe groter het risico is dat een norm (ook) innovatiebelemmerend kan werken en hoe minder overtuigend het draagvlak is voor een norm, des te meer contra-indicaties dat oplevert voor dwingend verwijzen. Daar staat tegenover dat een niet-dwingende in plaats van een dwingende verwijzing weinig verschil uitmaakt als betrokkenen om een keuze te maken tussen toepassing van de norm of een alternatieve methode om de wet na te leven, feitelijk eerst van de inhoud van de normen kennis moeten nemen.⁸¹

In de tweede plaats is de formeeldemocratische legitimiteit van belang voor de keuzes inzake verwijzen. Deze legitimiteit is van belang voor de vraag welke inhoudelijke beoordeling de wetgever moet uitvoeren, voordat wordt besloten om in een wet naar een norm te verwijzen. In hoeverre zou wetgeving condities moeten stellen waaraan normen moeten voldoen? Voor verantwoorde inschakeling van normalisatie voor de borging van publieke belangen, lijkt een algemeen wetgevingsbeleid op dit punt nodig.⁸² Zoals in paragraaf 2.2.5 al naar voren kwam heeft het kabinet-Rutte I uitgesproken dat de overheid, voordat zij in wet- en regelgeving naar normen verwijst, moet toetsen of de normen inhoudelijk en procedureel voldoen aan de daaraan te stellen eisen.⁸³ De wetgever zou dienen na te gaan of bij de totstandkoming van de norm alle relevante belangen betrokken zijn. Als dit niet zo is, zou dat in beginsel een reden zijn niet naar de norm te

⁷⁹ Kamerstukken II 2014/15, 29304, nr. 5, p. 5.

⁸⁰ VROM-Inspectie 2011, p. 19.

⁸¹ Van Ommeren 2012, p. 220; Van Gestel 2012, p. 252-255.

⁸² Vgl. Van Gestel 2012, p. 252

⁸³ Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 2. Vgl. Backx 1995, p. 93-94.

verwijzen.⁸⁴ Procedurele condities waaraan normalisatie moet voldoen, alvorens naar normen kan worden verwezen, worden echter niet vaak in wetgeving gesteld.

Artikel 25 Besluit bodemkwaliteit stelt ze wel, maar de Woningwet en het Bouwbesluit 2012 of de Wet milieubeheer en het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer stellen ze bijvoorbeeld niet.⁸⁵ In artikel 25 Besluit bodemkwaliteit zijn criteria opgenomen zoals vaststelling door organen waarin alle betrokken partijen zich konden laten vertegenwoordigen en voldoende draagvlak bij de betrokken partijen.

Bij de condities waaraan normalisatie moet voldoen alvorens de wetgever tot verwijzing overgaat, zou het ook om inhoudelijke condities kunnen gaan. De keuzes om bepaalde inhoudelijke criteria al dan niet te formuleren zou in ieder geval weloverwogen moeten zijn. Een belangrijk element in die afweging zou moeten zijn dat naarmate de wetgever door inhoudelijke criteria de uitkomsten van een normalisatieproces meer probeert te beïnvloeden, meer afbreuk wordt gedaan aan het voordeel dat zelfregulering kan hebben. Dit voordeel is gelegen in de inbreng van de belanghebbenden en het gunstige effect dat die hebben op het nalevingsgedrag. Als zwaarwegende belangen als gezondheid, veiligheid en milieu in het geding zijn, kan het echter zaak zijn dat de wetgever waar nodig inhoudelijke criteria stelt en zo verantwoordelijkheid neemt voor de inhoud van de normen.⁸⁶ Dit zien wij weinig in de wetgeving waarin naar technische normen wordt verwezen. Ik merk wel op dat verwijzing naar normen in wetgeving niet zelden geschiedt ter implementatie van Europese wetgeving en dat het dan gaat om verwijzing naar Europese normen die al door de Commissie moeten zijn getoetst.

Als de wetgever naar normen verwijst, is vanuit een oogpunt van formeeldemocratische legitimiteit van de beslissing ook van belang wat de overheid zelf kan doen om te bevorderen dat normen tot stand komen waarnaar verantwoord kan worden verwezen. Daarom is ook *participatie in norm- en beleidscommissies* een aandachtspunt. Ook op het punt van participatie door bestuursorganen in normen beleidscommissies ontbreekt op dit moment een duidelijk beleid: wanneer is dat aangewezen? Als in wetgeving naar normen wordt verwezen, ligt het – zeker als die verwijzing dwingend is – voor de hand dat zowel organen die bij de voorbereiding van die wetgeving een centrale rol hebben en bestuursorganen die deze wetgeving moeten uitvoeren, vertegenwoordigd zijn in de normcommissies.

84 Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 5-6. Zie ook de toelichting bij aanwijzing 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Strt. 2000, 191, p. 9.

85 Art. 1.5, eerste lid, Bouwbesluit 2013 bepaalt dat bij ministeriële regeling voorschriften kunnen worden gegeven over de toepassing van een in dit besluit genoemde norm. Daarbij kan het, gelet op de nota van toelichting, ook gaan om correcties of aanvullingen op een norm. Er is echter niet aangegeven wanneer aanleiding zou zijn voor een dergelijke correctie of aanvulling. Stb. 2011, 416, p. 193.

86 Backx 1995, p. 94.

Hiermee wordt medeverantwoordelijkheid genomen voor de inhoud van de betreffende normen.

4.4.2.2 Wijze van gebruikmaken van conformiteitsbeoordeling

Voor een goede beoordeling en afweging of aan conformiteitsbeoordeling bepaalde rechtsgevolgen kunnen worden verbonden is vanuit een oogpunt van formeeldemocratische legitimiteit ervan van belang dat de wetgever vooraf goed nagaat of bepaalde doelen met een keuze voor een specifieke variant (in het bijzonder de erkennings- of toelatingsvariant) kunnen worden gerealiseerd. Ook dient de gemaakte keuze regelmatig te worden geëvalueerd aan de hand van die doelen. Dat vraagt om een goede communicatie tussen degenen die toezichts- en handhavingstaken vervullen, wetgever en bestuur.

Zoals de minister van Economische zaken in zijn brief aan de Tweede Kamer van januari 2015 bijvoorbeeld opmerkt: ‘Als in de toelatingsvariant de eis te beschikken over een certificaat naar de mening van inspectiediensten onvoldoende zekerheid biedt dat de hiermee beoogde doelen van de wetgever worden gediend, is uiteraard wenselijk dat inspectiediensten hieromtrent hun ervaringen delen met degenen die verantwoordelijk zijn voor de wet- en regelgeving.’⁸⁷

4.5 Belangrijkste conclusies

Rond de laatste eeuwwisseling speelde de discussie of het niet aantrekkelijk zou zijn algemene wettelijke voorwaarden voor het gebruik van normalisatie en certificatie vast te stellen. Dergelijke voorwaarden werden niet haalbaar geacht, ‘omdat de bestuurlijke thema’s, waarbij dat aan de orde kan komen, te divers zijn’.⁸⁸ In dit preadvies is desalniettemin nagegaan wat belangrijke ijkpunten zijn bij keuzes van wetgever en bestuur inzake gebruik van normalisatie en conformiteitsbeoordeling ter behartiging van publieke belangen en welke uitwerking zij in dat kader moeten krijgen. Het gaat om formeeldemocratische legitimiteit, sociale en marktlegitimiteit en participatie, kenbaarheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van regels, normen, beslissingen en verklaringen. De ijkpunten zijn in het bijzonder ontleend aan beginselen van behoorlijke wetgeving en van goed bestuur en aan de Aanwijzingen voor de regelgeving. Ook wordt met de ijkpunten uitwerking gegeven aan belangrijke vertrekpunten van de moderne sociale en democratische rechtsstaat en van de interne markt van de Europese Unie.

De menukaart voor zelfregulering biedt de overheid een variatie aan modaliteiten in de sfeer van rechtsgevolgen die aan normalisatie of conformiteitsbeoordeling kunnen worden verbonden, verantwoordelijkheden die kunnen worden genomen in de totstandkoming van normen en beoordelingsrichtlijnen en betrokkenheid bij de instanties die deze toepassen. Waar het om gaat is dat de keuzes die in dezen worden gemaakt adequaat zijn onderbouwd, met inachtneming van alle relevante aspecten.

⁸⁷ Kamerstukken II 2014/15, 29304, nr. 5, p. 3.

⁸⁸ Kamerstukken II 2000/01, 24036, nr. 176, p. 3; Strrt. 2000, 191, p. 9.

Ik kom tot de volgende belangrijkere conclusies:

1. Normalisatie en conformiteitsbeoordeling hebben als voordeel de expertise die daarbij wordt ingebracht door private partijen. Conformiteitsbeoordeling is echter in beginsel een economische activiteit en normalisatie kan gevolgen hebben voor het economisch verkeer. Bij beide is er een risico dat machtsconcentraties van enkele marktpartijen te veel een stempel op de uitkomsten van besluitvorming drukken en dat innovatie wordt belemmerd. Participatie van alle betrokken belanghebbende groeperingen (waaronder alle marktpartijen), openbaarheid van gehanteerde procedures, werkwijzen en deelnemende partijen en publieke verantwoording van gemaakte keuzes zijn dan ook aangewezen als de overheid er gebruik van wil maken voor het realiseren van bepaalde publieke belangen.
2. Als wetgever of bestuur in regelgeving naar normen verwijzen of aan conformiteitsbeoordeling door bepaalde instanties enig rechtsgevolg verbinden, dient vooraf en vervolgens periodiek een toetsing plaats te vinden op draagvlak bij belanghebbende groeperingen, afwezigheid van marktverstorende werking en op de mate waarin de normen dan wel de conformiteitsbeoordeling en de daarvoor verantwoordelijke instanties bijdragen aan gestelde doelen. Op deze aspecten zijn conformiteitsbeoordeling en normalisatie kwetsbaar. De toetsing moet intensiever zijn als aan toepassing van een norm of een conformiteitsverklaring meer direct rechtsgevolgen worden verbonden en als zij wettelijk of feitelijk verplicht zijn.
3. Als de overheid gebruikmaakt van conformiteitsbeoordeling, functioneren de conformiteitsbeoordelende instanties veelal op een open markt. Dat levert risico's op, omdat van wedijver om de gunst van bedrijven een perverse prikkel kan uitgaan op de betrouwbaarheid van conformiteitsverklaringen. Als de overheid conformiteitsbeoordeling inschakelt voor publieke belangen, moet zij er een actueel beeld van hebben of er ongewenste effecten uitgaan van marktwerking op de werkwijzen van conformiteitsbeoordelende instanties en op basis daarvan besluiten nemen over inschakeling van conformiteitsbeoordeling.
4. Als wetgever of bestuur in regelgeving naar normen verwijzen of aan conformiteitsbeoordeling door bepaalde instanties enig rechtsgevolg verbinden, dient, op grond van overwegingen van legitimiteit en doeltreffendheid, steeds overwogen te worden of de overheid vertegenwoordigd moet zijn in de normcommissie die de norm vaststelt dan wel in het College van Deskundigen dat de beoordelingsrichtlijn vaststelt.
5. Als wordt overwogen bepaalde activiteiten die risico's opleveren voor veiligheid of gezondheid niet meer rechtstreeks aan een systeem van overheids-toestemmingen en -toezicht te onderwerpen, maar regelstelling voor en toezicht daarop primair aan private partijen over te laten, moet een aandachtspunt zijn of de overheid haar verantwoordelijkheden gelet op in het bijzonder artikel 2 EVRM en artikel 8 EVRM met de beoogde regulering voldoende kan waarmaken. Daarbij kan worden gedacht aan een vorm van overheidstoezicht.
6. Het bedingen van een vergoeding voor het kunnen inzien van normen waarnaar de wet verwijst, is rechtstatelijk gezien en gelet op het Unierecht en fundamentele rechten in beginsel niet problematisch, mits de hoogte van de

- vergoeding redelijk is. Zij dient te zijn afgestemd op profijt dat betrokken burgers en bedrijven hebben bij toepassing ervan.
7. In het bijzonder normalisatie kan een nuttige bijdrage leveren aan verhandelbaarheid van goederen en diensten en communicatie tussen marktpartijen. Als de overheid op een bepaalde wijze gebruik wil maken van normalisatie of conformiteitsbeoordeling dient zij er echter op bedacht te zijn wat de gevolgen zijn voor de lasten voor burgers of bedrijven en voor bestuurslasten.

5 Stellingen voor de discussie

Ik rond af met een viertal stellingen om verdere discussie en gedachtevorming te stimuleren:

1. Voor het realiseren van publieke belangen van veiligheid, gezondheid en milieu kunnen normalisatie en conformiteitsbeoordeling niet worden gemist.
2. Private organisaties die op het gebied van normalisatie en conformiteitsbeoordeling actief zijn, opereren vaak marktgericht. Dat betekent niet dat borging van publieke belangen niet aan hen kan worden toevertrouwd.
3. Als normalisatie en conformiteitsbeoordeling worden ingeschakeld voor het realiseren van publieke belangen, moet de overheid voldoende afstand houden. Anders wordt afbreuk gedaan aan voordelen die eraan kunnen zijn verbonden in termen van draagvlak, doeltreffendheid en vermindering van lasten.
4. Als normalisatie en conformiteitsbeoordeling worden gebruikt voor het realiseren van publieke belangen, moet de overheid een vinger aan de pols houden. Anders kan mededinging tussen conformiteitsbeoordelende instanties of bedrijven op ongeoorloofde wijze worden verstoord en komt een goede borging van deze belangen in gevaar.

Geraadpleegde literatuur

Addink 2008

G.H. Addink, 'Goed bestuur: een norm voor het bestuur of een recht van de burger?', in: G.H. Addink (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 3-25.

Addink 2010

G.H. Addink, *Goed bestuur*, Deventer: Kluwer 2010.

Andersson, Elffers & Felix 2011

H. Andersson, J. Elffers & P. Felix, *Evaluatie Tripartiete Stelsel*, Utrecht 2011.

Van Angeren 2006

J.R. van Angeren, 'Bestuursrechtelijke aspecten van de CO²-emissiehandel', in: *Klimaatverandering en rechtsontwikkeling anno 2005* (Preadviezen en verslag van de 89^e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 30 september 2005), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 129-172.

Backx 1995

H.A.M. Backx, 'Normalisatie en certificering als alternatieven voor en in wettelijke regelingen', *RegelMaat* 1995/3, p. 89-100.

Barents & Brinkhorst 2012

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving', *Overheid en aansprakelijkheid* 2005/8, p. 76-88.

Bokhorst 2013

M. Bokhorst, *Effectiveness of certification and accreditation as a public policy instrument in the Netherlands*, Paper ecpr Reykjavik, 2013.

Boot 2011

W.F. Boot, 'Constructieve schade. Een analyse van oorzaken aan de hand van jurisprudentie', *TBR* 2011/6, p. 41-49.

Botman 2015

M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland. De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Bröring 1993

H.E. Bröring, *Richtlijnen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

Bulterman 2015

M. Bulterman, 'Ontwikkelingen in de Luxemburgse rechtspraak', in: J.H. Gerards, H.C.F.J.A. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, SteR-reeks deel 26, Deventer: Kluwer 2015, p. 55-80.

Van Calis & Coppens 2007

P.W. van Calis & E.G.C. Coppens, *Euroklassen*, Bodegraven: PRC 2007.

Daalder 2011

E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Derkink, Hamerlinck, Van der Sluis & Mans 2010

M. Derkink, R. Hamerlinck, H. van der Sluis & D.G. Mans, *Falende constructies. Case-onderzoek naar structurele oorzaken van falen en maatregelen die dat tegengaan*, Gouda: CUR Bouw & Infra 2010.

Derkink & Mans 2007

M.F.A. Derkink & D.G. Mans, *Leren van instortingen. Tussenrapportage*, Gouda: CUR Bouw & Infra 2007.

Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006

P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006.

Elferink 1999

M.H. Elferink, 'Naschrift', *NJB* 1999/38, p. 1815-1816.

Elferink 1998

M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Elferink 2007

M.H. Elferink, 'Auteursrecht op normalisatienormen revisited', in: D.J.G. Visser & D.W.F. Verkade (red.), *Een eigen oorspronkelijk karakter (Spoor-bundel)*, Amstelveen: DeLex 2007, p. 79-90.

Expertisecentrum Regelgeving Bouw 2011

Expertisecentrum Regelgeving Bouw, *Verder na Dekker. Innovatie van de bouwregelgeving*, Rapport R. 2011. ERB - Roor, Delft 2011.

Elzinga, De Lange & Hoogers 2014

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Emmerik 2010

M. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaat- en publiekrecht', *Overheid en aansprakelijkheid* 2010/2, p. 69-74.

Engelhard 2010

E.F.D. Engelhard, '(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het "grijze" gebied', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid* (Publicaties van de Staatsrechtkring. Staatsrechtconferenties 14), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 11-58.

Van Erp, Peters & Verberk 2004

J.G. van Erp, K. Peters & S. Verberk, 'Het kabinetsstandpunt Certificatie en Accreditatie en de beleidspraktijk', *Bestuurskunde* 2004/5, p. 242-247.

Evers 2002

G.J.M. Evers, *Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van handhaving van wettelijke voorschriften* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Evers 2003

G.J.M. Evers, 'Kanttekeningen bij het gebruik van productcertificatie in relatie tot de handhaving van bouwvoorschriften', *Bouwrecht* 2003/11, p. 935-945.

Evers 2004

G.J.M. Evers, 'De toepassing van certificatie in overheidsbeleid', *Bestuurskunde* 2004/5, p. 205-216.

Eijlander 1993

Ph. Eijlander, *De wet stellen. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving* (diss. KUB), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993.

Eijlander 2000

Ph. Eijlander, *De verbindende wetgever* (oratie KUB), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Eijlander 2003

Ph. Eijlander, G. Evers & R. van Gestel, *De inkadering van certificatie en accreditatie in beleid en wetgeving. Een onderzoek in opdracht van het ministerie van Economische Zaken*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2003.

Eijlander 2008

Ph. Eijlander, 'Over de groei en bloei van certificatie. Haarlemmerolie voor het handhavingstekort?', TBR 2008/119.

Freriks 2008

A.A. Freriks, 'Private handhaving – bestuursrechtelijke betekenis van (semi)private figuren in de handhaving van publieke normstelling', in: *Privaat bestuur? (VAR-reeks 140)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 163-229.

Gabriël-Breukers 2008

S.K. Gabriël-Breukers, *Hulp bij de handhaving. Een onderzoek naar de mogelijkheden om de handhaving af te stemmen op privaatrechtelijke systemen van kwaliteitsborging, in het bijzonder door middel van het vorderend van informatieoverdracht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Gerards 2011

J. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Van Gestel 2005

R.A.J. van Gestel, 'Self-regulation and environmental law', *Electronic Journal of Comparative law* 2005, vol. 9.1.

Van Gestel 2008

R.A.J. van Gestel, 'In de schaduw van het bestuursrecht', in: *Privaat bestuur? (VAR-reeks 140)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 95-161.

Van Gestel 2009

R.A.J. van Gestel, 'Kenbaarheid van NEN-normen waarnaar in wetten wordt verwezen. Over het wetsbegrip, zelfregulering, "panjurisme" en de vraag wie opdraait voor de kosten van openbaarheid', *NJB* 2009/6, p. 370-373.

Van Gestel 2012

R.A.J. van Gestel, 'Hoge Raad is duur', *RegelMaat* 2012/4, p. 249-259.

Van Gestel & Micklitz 2013

R.J.A. van Gestel & H. Micklitz, 'European integration through standardization: how judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies', *Common Market Law Review* 2013, p. 145-182.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

De Greef & De Voogd 2012

R.J.M.H. de Greef & M.C. de Voogd, 'Kroniek bestuurlijke organisatie', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2012/8, p. 241-249.

Van de Gronden 2012

J.W. van de Gronden, 'De notarissen en de vrijheid van vestiging: het notarisambt is niet verbonden met het openbaar gezag maar valt onder de EU-regels voor de interne markt', *NTBR* 2012/5, p. 21-25.

Van Gulijk & Neerhof 2014

S. van Gulijk & A.R. Neerhof, *Constructieve veiligheid: een onderzoek naar communicatie en borging in bouwprocessen. Voorkomen is beter dan genezen* (Preadviezen van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 42), Amsterdam: WEKA Uitgeverij 2014.

Van der Ham 2010

M. van der Ham, 'Standaardisering onder het Europees mededingingsrecht: water en vuur of brothers in arms?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010/5, p. 113-120.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-76.

Van Heijningen & Wissels 2015

L. van Heijningen & C. Wissels, 'Doorwerking EU-Handvest in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State: van vorm naar inhoud?', in: J.H. Gerards, H.C.F.J.A. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, SteR-reeks deel 26, Deventer: Kluwer 2015, p. 137-156.

Heldeweg 2014

M.A. Heldeweg, 'Levensmiddelenrecht onder een transnationale en private rule of law?', *Ars Aequi* 2014, p. 488-497.

Huizink, Klein Wassink & Zijlstra 2004

J.B. Huizink, A.J.M. Klein Wassink & S.E. Zijlstra, 'De Nederlandse corporate governance code in de wet: statisch, dynamisch of problematisch', *Nederlands Juristenblad* 2004/9, p. 425-430.

Jak 2014

N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Kool, Kolner & Van der Meer 2003

E.J. Kool, W.P.P. Kolner & J. van der Meer, *Instorting van lichte platte daken* (nr. 15056/177), VROM-Inspectie 2003.

De Kruif 2012

C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht* (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen 2012.

Lohse 2007

E.J. Lohse, 'Fundamental freedoms and private actors towards an "indirect horizontal effect"', *European Public Law* 2007, 13, p. 159-190.

Michiels 1998

F.C.M.A. Michiels, 'Inleiding', in: F.C.M.A. Michiels (red.), *Recht op het doel af. Opstellen over doelmatigheid en doeltreffendheid van het overheidshandelen in een democratische rechtsstaat*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 3-10.

Van Montfort & Van der Voort 2004

C.J. van Montfort & B. van der Voort, 'Certificatie en ministerieel toezicht: Enkele kanttekeningen', *Bestuurskunde* 2004/13, p. 233-241.

De Moor-van Vugt 2001

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Toezicht achter matglas* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1993

A.J.C. de Moor-van Vugt & F.J. van Ommeren, 'Certificering als reguleringsstelsel?', *SEW* 1999/3, p. 89-96.

Munneke, Neerhof, Van Ommeren & Senfleben 2009

S.A.J. Munneke, A.R. Neerhof, F.J. van Ommeren & M.R.F. Senfleben, 'De juridische status en bekendmaking van de NEN-normen waarnaar het Bouwbesluit verwijst. De wetgever aan zet', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2009/7, p. 605-612.

Neerhof 2011

A.R. Neerhof, 'Gebruik van private beoordelingen bij bestuursrechtelijke handhaving: kansen en bedreigingen', *NTB* 2011/10, nr. 44, p. 307-318.

Neerhof 2013a

A.R. Neerhof, *Certificering en normalisatie in het publieke bouwrecht*, Den Haag: IBR 2013.

Neerhof 2013b

A.R. Neerhof, 'Standardization in construction law: an example of successful decentring of regulatory governance?', in: A.L.B. Colombi Ciacchi, M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen & A.R. Neerhof (eds.), *Law & Governance – Beyond the public-private law divide?*, NILG Conference Volume 2011, Den Haag: Eleven International Publishers 2013, p.139-157.

Neerhof 2014

A.R. Neerhof, 'Een grotere rol van private kwaliteitsborging in het bouwtoezicht: gaat dat werken?', in: H.B. Winter, A. Tollenaar & A.T. Marseille (red.), *Ridderorde. Beschouwingen over bestuurlijke organisatie, toezicht en juridisering*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 151-166.

Neerhof & Hoogers 2010

A.R. Neerhof & H.G. Hoogers, 'Het NEN-normenfeuilleton', *Jurisprudentie Bestuursrecht* plus 2010, p. 133-151.

Neerhof, Van der Woerd & Van der Grijp 2009

A.R. Neerhof, K.F. van der Woerd & N.M. van der Grijp, 'De stand van de professionalisering van de milieuhandhaving', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2009-1, p. 7-22.

Van Ommeren 2008a

F.J. van Ommeren, 'Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatienormen als prototypen', *RegelMaat* 2008/3, p. 74-87.

Van Ommeren 2008b

F.J. van Ommeren, 'Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid. De betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht', in: C.W. Noorlander, J.L.W. Broeksteeg, N.S. Efthymiou & H.G. Hoogers, *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 213-241.

Van Ommeren 2012

F.J. van Ommeren, 'Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 149-236.

Peeters, Neerhof & De Boer 2009

M.G.W.M. Peeters, A.R. Neerhof & J. de Boer, *De rol van conformiteitsbeoordelingen bij de handhaving van het milieurecht* (STEM publicatie 2008/2), Arnhem 2009.

Peters 2013

H. Peters, 'Een Januskop in het bestuursrecht', *NTB* 2013, p. 205-208.

De Ridder 2009

K. de Ridder, 'Privaat toezicht en de regulering van milieubelastend gedrag', in: A. Mein e.a., *Toezicht door private partijen: panacee voor alle kwalen?*, Verslag van het Erasmus Instituut Toezicht & Compliance Symposium 26 maart 2009, Rotterdam 2009, p. 29-40.

Rogier 2002

L.J.J. Rogier e.a., *Nalevingstoezicht. Monografieën Financieel-economisch bestuursstrafrecht. Deel 2*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', in: *Toezicht (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005-I)*, Deventer: Kluwer 2005, p. 5-133.

Scheltema & Scheltema 2012

M. Scheltema & M.W. Scheltema, 'Wat kan het privaatrecht leren van het bestuursrecht? Vervagende grenzen tussen bestuurs- en privaatrecht', *JBplus* 2012, p. 139-149.

Scheltema & Scheltema 2013

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Schepel 2005

H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the regulation of Integrating Markets*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2005.

Schepel 2012

H. Schepel, 'Private Regulators in Law', in: J. Pauwelyn, R.A. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal international lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 356-367.

Scholten 2012

N.P.M. Scholten, 'De plaats en het doel van normalisatie in de bouw en de bouwregelgeving', *TBR* 2012/156.

Scholten & De Wildt, m.m.v. De Jong & Brands 2013

N.P.M. Scholten & R. de Wildt, m.m.v. A. de Jong & S.A. Brands, *Erkende technische oplossingen: deemed to satisfy/tot nut en genoegen van de gebruiker* (rapportnummer 2013-ERB-Ro11), Delft: ERB 2013.

Scholten 2001a

N.P.M. Scholten, *Technische en juridische grondslagen van de technische bouwregelgeving in Woningwet en Bouwbesluit* (diss. Delft), Amsterdam 2001.

Scholten 2001b

N.P.M. Scholten, *Technische en juridische grondslagen van de technische bouwregelgeving in Woningwet en Bouwbesluit. Bijlagen* (diss. Delft), Amsterdam 2001.

Scott 2010

C. Scott, 'Regulatory governance and the challenge of constitutionalism', *EUI Working papers*, No. 7, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2010.

Sieburgh 2015

C. Sieburgh, 'Het EU-Handvest voor de grondrechten en het algemene vermogensrecht', in: J.H. Gerards, H.C.F.J.A. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, SteR-reeks deel 26, Deventer: Kluwer 2015, p. 505-531.

Smits 2009

J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Spoor 2005

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Steyger 2012

E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging. Toenadering van privaat- en publiekrecht', *NJB* 2012/30, p. 2114-2121.

Steyger 2015

E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: openbaar gezag', *NTB* 2015/7, p. 212-220.

Stuurman 1995

C. Stuurman, *Technische normen en het recht: beschouwingen over de interactie tussen het recht en technische normalisatie op het terrein van informatietechnologie en telecommunicatie* (diss. Amsterdam VU), Reeks Informatica en Recht. Deel 17, Deventer: Kluwer 1995.

Stijnen 2011

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Terwel 2014

K.C. Terwel, *Structural safety. Study into critical factors in the design and construction process* (diss. Delft), Delft 2014.

Timmermans & Schlössels 2015

L. Timmermans & R. Schlössels, 'Het Unierecht op behoorlijk bestuur. Achtergrond, juridisch karakter en toepassingsbereik van artikel 41 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie', in: J.H. Gerards, H.C.F.J.A. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, SteR-reeks deel 26, Deventer: Kluwer 2015, p. 245-275.

Uylenburg 2011

R. Uylenburg, 'Handhaving onder de Wabo', in: R. Uylenburg & M.J.C. Visser (red.), *Het omgevingsrecht gehandhaafd*, Groningen: Europa Law Publishing 2011.

Verbruggen 2013

P.W.J. Verbruggen, 'Aansprakelijkheid van certificatie-instellingen als private toezichthouders', *NTBR* 2013/39.

Verschuuren 2004

J.M. Verschuuren, 'Invloed van het EVRM op het materiële omgevingsrecht in Nederland', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 243-311.

Vogelezang-Stoute, Van der Grijp, Van der Flier & Priems 2009

E.M. Vogelezang-Stoute, N.M. van der Grijp, A. van der Flier & N.A.M. Priems, *Openbaarmaking van milieu-informatie. Evaluatie van de uitvoering van verplichtingen uit het Aarhus-verdrag en van richtlijn 2003/4/EG (STEM publicaties 2008/4)*, Arnhem 2009.

Van der Voort 2011

H.G. van der Voort, 'Confrontaties van coregulering', *Tijdschrift voor Toezicht* 2011 (2)2, p. 52-71.

Van der Voort 2013

H.G. van der Voort, *Naar een drie-eenheid van co-regulering. Over spanningen tussen drie toezichtregimes* (diss. Delft), Nootdorp: Sandedruk 2013.

De Vries 1999

H.J. de Vries, *Standards for the Nation, Analysis of National Standardization Organizations* (diss. Rotterdam), Delft 1999.

VROM-Inspectie 2007

VROM-Inspectie, *Kasteel of kaartenhuis?*, Den Haag 2007.

VROM-Inspectie 2008

VROM-Inspectie, *Weg met de zwakke schakels*, Den Haag 2008.

VROM-Inspectie 2011

VROM-Inspectie, *Private kwaliteitsborging in de bouwregelgeving*, nr. VI-2010-40, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2011.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1988

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving* (WRR-rapport nr. 35), Den Haag 1988.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2013

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Toezen op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijks toezicht* (WRR-rapport nr. 89), Den Haag/Amsterdam 2013.

Witteveen 2007

W.J. Witteveen, 'Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever', in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-I), Deventer: Kluwer 2007, p. 1-65.

Witteveen 2015

W.J. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom 2015.

Zijlstra 2001

S.E. Zijlstra, 'De notaris is een bestuursorgaan. Is dat erg?', in: *De notaris en/in het bestuursrecht* (Preadviezen KNB), Den Haag: Koninklijke Vermande 2001, p. 101-113.

Zijlstra 2008

S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Zijlstra 2009

S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Zijlstra 2012

S.E. Zijlstra, 'Algemene vormgevingsaspecten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

Zijlstra 2014

S.E. Zijlstra, 'De maakbare overheid. Nieuw beleid inzake zelfstandige bestuursorganen', *NTB* 2014-9/10, p. 279-289.